

L'extension de l'AMP pour les couples de femmes et les femmes seules : le difficile encadrement législatif du droit au désir d'enfant

Laure Sauvé

Abstract : The French Parliament currently examines the government's bioethics bill and especially its measure to widen out the availability of Medically Assisted Reproduction (MAR) to all women, including singles or those in a lesbian couple. At a time when this bill is still under discussion, this paper considers the consequences that would result from its adoption, in relation to access to artificial procreation and to legal parenthood. The “desire to become a parent” and the role of volition play a key role in the bill. The bill replaces the sexual alterity of the parental couple by the need for a “parental project”, calling into question the concept that MAR should copy natural procreation. The bill also establishes legal parenthood on the sole volition of the parents. The paper concludes that the importance given to personal willingness calls into question the foundations of legal parenthood.

Adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale¹ et le Sénat², le projet de loi relatif à la bioéthique, projet est actuellement réexaminé en seconde lecture à l'Assemblée Nationale.³ Figure dans ce projet l'extension de l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) pour l'ensemble des femmes, qu'elles soient seules ou en couple (article 1^{er} du projet). Il s'agirait d'une modification importante de la loi actuelle, qui réserve l'AMP aux couples hétérosexuels, vivants et en âge de procréer, et qui conçoit l'AMP comme un moyen de remédier à l'infertilité pathologique d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité (article L. 2141-2 CSP). Jusqu'ici construite sur le modèle de la procréation charnelle, l'AMP verrait son objectif essentiellement modifié si le projet de loi était adopté : de médicale, sa finalité deviendrait sociale. Par ailleurs, l'introduction d'un tel mécanisme supposerait de revoir les règles de la filiation. L'Assemblée nationale propose la mise en place d'un lien de filiation doublement maternel dès la naissance de l'enfant : la filiation des enfants nés par une AMP réalisée par un couple de femmes serait établie par une déclaration conjointe. Ce serait donc la volonté des deux mères qui fonderait la filiation (article 4 A.N.). Le Sénat quant à lui considère que cette disposition fragiliserait le système français de filiation puisqu'elle remettrait en cause le critère de la vraisemblance biologique sur laquelle est fondée la filiation. Ainsi propose-t-il que la filiation de l'enfant issu d'une AMP réalisée par un couple de femmes soit soumise au droit commun pour la femme qui accouche et établie par la voie de l'adoption à l'égard de l'autre mère (article 4 Sénat).

La volonté d'ouvrir l'accès à l'AMP à toutes les femmes s'explique par le développement du tourisme procréatif. Plusieurs pays européens autorisant le recours à la procréation médicalement assistée (PMA) pour les femmes seules ou pour les couples de femmes,⁴ des femmes françaises contournent chaque année l'interdiction française actuelle en se rendant dans l'un de ces pays.⁵ Selon le

¹ Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la bioéthique, n°63

² Sénat (1^{ère} lecture), Projet de loi relatif à la bioéthique, n°55, 4 février 2020

³ Examen à l'Assemblée Nationale en Commission spéciale du 29 juin au 3 juillet, puis en séance publique à compter du 27 juillet.
http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/bioethique_2

⁴ Conseil de l'Europe, Comité de bioéthique, Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à PMA, 15 nov. 2018

⁵ CCNE, avis n°126 sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, 15 juin 2017

Gouvernement, la réforme envisagée permettrait à ces femmes d'éviter les coûts du voyage et du suivi à l'étranger ainsi que de possibles risques sanitaires.⁶ Par ailleurs, cette réforme prendrait en compte l'évolution de la société française « vers plus d'ouverture et de tolérance ».⁷ Elle permettrait que toutes les femmes aient accès à la PMA. Peu importe que la femme soit en couple avec un homme ou avec une autre femme : le texte s'efforce de promouvoir une égalité de situation⁸. De même, la réforme mettrait fin à une situation d'inégalité entre les femmes ayant recours à la PMA et celles ayant recours à l'adoption, l'adoption étant déjà ouverte aux couples de mêmes sexes et aux célibataires.⁹

Ce projet s'inscrit dans un courant sociologique amorcé dans les années soixante-dix où le désir d'enfant s'est généralisé. Alors que jusque dans les années soixante les femmes avaient davantage d'enfants qu'elles n'en désiraient, la reproduction à peu à peu été maîtrisée grâce au développement des méthodes contraceptives et à la légalisation de l'avortement. Ainsi « l'enfant fardeau », bouche complémentaire à nourrir que les parents voyaient parfois arriver avec consternation, a fait place à « l'enfant joyau ».¹⁰ Chez les couples de la classe moyenne en âge de procréer, l'enfant actuel est désiré et programmé. Par ailleurs, les récents progrès de la médecine permettent d'apporter de nouveaux remèdes à la stérilité, ce qui exacerbe ce désir d'enfant. Le texte proposé répond ainsi au désir d'enfant des femmes seules et des couples de femmes.

Ce projet cependant est loin de faire l'unanimité et soulève de vives controverses, divisant le corps médical, les juristes et l'opinion publique.¹¹ En effet le projet innove en permettant l'établissement d'une filiation doublement maternelle dès la naissance de l'enfant. Il en résulte une impossibilité pour l'enfant né d'une AMP réalisée par un couple de femmes d'établir une quelconque filiation paternelle. De plus, dans ce cas de figure, le projet de loi tel qu'adopté par l'Assemblée nationale fait de l'intention des mères le fondement du lien de filiation. La volonté, au-delà de tout engendrement, suffirait à créer la filiation.¹² L'alternative proposée par le Sénat qui consisterait à recourir à l'adoption suscite d'autres questions : est-ce l'objectif de l'adoption d'établir la filiation d'un enfant né d'une AMP ? Par ailleurs, l'une des conséquences de cette mesure serait l'ouverture de l'adoption aux couples non mariés (alors qu'aujourd'hui l'adoption est réservée aux couples mariés et aux personnes célibataires). Cette importante réforme de l'adoption doit-elle être mise en place par une loi relative à la bioéthique ?

De façon plus générale, ce projet conduit à une réflexion sur le rôle du droit. Le droit a « vocation à réaliser la Justice », c'est-à-dire à apprécier les faits par rapport à des valeurs propres à notre pays.¹³ Pour certains, la réforme serait une façon de mettre fin à la fois au tourisme procréatif et aux discriminations que subissent les femmes seules ou vivant avec une autre femme. Le droit français défendrait alors la Liberté (la liberté de procréation), l'Égalité (la non-discrimination) et la Fraternité (le recours au don).¹⁴ Pour d'autres, la conception française de la filiation impliquerait que le droit

⁶ Étude d'impact, projet de loi relatif à la bioéthique, 23 juillet 2019, p. 36

⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁸ CCNE, Rapport de synthèse, juin 2018, p. 107.

⁹ *Ibid.*, p. 107

¹⁰ *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontière : rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1995, p. 33

¹¹ CCNE, Rapport de synthèse, juin 2018

¹² Voir P. Murat, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges J. Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 405 et s., qui considère que la filiation se fonde sur « l'engendrement » ou sur « l'engagement ».

¹³ D. Fenouillet, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, pp. 37-71, p. 40

¹⁴ Voir notamment L. Khaïat, « Une loi : quel enjeu pour la maîtrise de la vie ? », in *La Maîtrise de la vie*, (dir.) L. Khaïat et C. Marchal, Ed. érès, 2012, pp. 15-26

français n'ait pas à plier devant les pratiques réalisées à l'étranger et qu'il demeure fondé sur la vraisemblance biologique, l'altérité sexuelle du couple et l'égalité des enfants.¹⁵ La vraisemblance biologique implique que tout enfant ait pour parents ceux qui sont ou qui pourraient être ses géniteurs ; l'altérité sexuelle du couple parental conduit à ce que la filiation d'un enfant ne puisse être établie qu'à l'égard d'un seul homme et d'une seule femme ; enfin, l'égalité des enfants signifie que la loi offre à tous les enfants les mêmes instruments pour établir ou contester leur filiation. Ces principes s'appliquent aussi dans le cadre de l'AMP avec tiers donneur. En s'en éloignant, la réforme proposée remettrait en cause la cohérence du modèle actuel de la filiation.

C'est à l'extension de la PMA à toutes les femmes et aux règles relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant né de cette PMA qu'est consacrée la présente étude.¹⁶ Elle s'intéresse au rôle joué par le désir individuel dans le projet de loi. Alors que la PMA est définie en droit français comme un remède à une infertilité pathologique, elle aurait pour nouvel objectif de répondre au désir individuel des femmes qui souhaitent avoir des enfants si le projet de loi était adopté. À l'heure où ce projet est encore en discussion, il semble essentiel de considérer les conséquences qui découleraient de son adoption. Sous quelles conditions le désir de concevoir un enfant doit-il donner lieu à un droit d'accès à l'AMP ? Qu'en est-il de la prise en compte de ce désir quant à l'établissement de la filiation de l'enfant : peut-on concevoir de fonder la filiation sur la seule volonté des parents ? La considération par le droit du « désir individuel » dans le domaine de la procréation et de l'établissement de la filiation nous semble opérer des bouleversements importants.

En mettant en avant le désir individuel des femmes d'accéder à la procréation, le projet définit l'AMP comme un remède à la souffrance de ne pas pouvoir avoir d'enfant, quelle que soit la raison de cette impossibilité. Il met ainsi fin à ce qui est parfois décrit comme une inégalité entre les couples hétérosexuels et les couples de femmes ou les femmes seules. Pour autant le projet refuse l'AMP post-mortem et ne l'ouvre ni aux hommes, ni aux individus jugés trop âgés. Il risque ainsi de faire apparaître de nouvelles inégalités face auxquelles le seul remède consisterait à mettre en place un droit universel à l'accès à l'AMP. Ce droit serait alors exclusivement fondé sur le désir individuel (I). Au-delà du désir comme fondement d'un droit à la reproduction se pose la question de la prise en compte de ce désir dans l'établissement de la filiation de l'enfant né d'un couple de femmes ou d'une femme seule. Ce désir peut conduire à l'impossibilité pour l'enfant d'établir une quelconque filiation paternelle. Y'aurait ici une nouvelle situation d'inégalité entre les filiations ? Par ailleurs, le projet de loi transforme le désir de maternité des femmes en une volonté suffisamment puissante pour qu'elle puisse servir de fondement exclusif à la filiation de l'enfant. Ce nouveau fondement est susceptible de modifier profondément le droit de la filiation puisqu'à l'heure actuelle la filiation de l'enfant né d'une AMP avec tiers donneur est établie sur le modèle de la filiation par procréation charnelle (II).

I- La prise en compte du désir individuel dans l'accès à l'AMP

Au nom de l'égalité des situations, le projet de loi ouvre l'AMP à toutes les femmes ce qui conduit à une réflexion sur les limites du recours au principe de non-discrimination (A). Si ce principe était

¹⁵ Par ex., D. Fenouillet, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, pp. 37-71

¹⁶ Cette étude ne traitera pas de la question de l'accès aux origines, qui mériterait qu'un article entier lui soit dédié. Sur cette question, C. Labrusse-Riou, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in *Écrits de bioéthique*, PUF, 2007, pp. 196-234

appliqué sans limite, le désir individuel pourrait devenir le fondement exclusif d'un droit à l'accès à l'AMP (B).

A- La non-discrimination : un principe justifiant la transformation du désir d'enfant en un droit d'accès à l'AMP ?

Alors que la femme en couple avec un homme peut bénéficier de l'AMP en cas d'infertilité pathologique, la femme seule ou la femme vivant avec une autre femme ne le peut pas. Cette position du droit français soulève la question d'une possible discrimination à laquelle le projet de loi mettrait fin.

1) La fin d'une situation de discrimination pour les femmes seules et les couples de femmes ?

Le droit à la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme inclut la question d'un possible droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la PMA.¹⁷ La Cour Européenne des droits de l'homme a donc été confrontée à la question de savoir si le refus du législateur français d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes constituait une violation de l'article 8 et si cette violation constituait une discrimination au sens de l'article 14.¹⁸ Pour apprécier si la femme seule ou vivant avec une autre femme est dans une situation de discrimination par rapport à la femme vivant avec un homme, il convient d'examiner s'il est justifié de traiter différemment ces catégories de femmes.¹⁹

À l'heure actuelle, le droit français définit l'AMP comme un remède à une infertilité pathologique,²⁰ c'est-à-dire à l'incapacité pour un couple d'obtenir naturellement un enfant après un à deux ans de rapports sexuels non protégés.²¹ L'accès à l'AMP est réservé à des couples qui sont « abstraitement » aptes à procréer : altérité sexuelle, conditions d'âge, nécessité d'être vivants. Cette conception de l'AMP, posée par la loi du 29 juillet 1994 puis maintenue par les lois du 6 août 2004 et du 7 juillet 2011, était celle préconisée par la commission Braibant en 1988. Il s'agissait d'encadrer strictement l'AMP afin qu'elle ne puisse pas devenir la « mise au service d'un droit à l'enfant – droit conçu comme un principe égalitaire – qui implique que toute personne soit libre, en toute circonstance, de faire naître un enfant sans père ou sans mère. »²² La stérilité devant être médicalement constatée, le don du tiers constituerait une intervention médicale permettant au couple de « surmonter ce handicap ». ²³ L'organisation juridique serait « cohérente » puisque la condition biologique de la différence des sexes est essentielle pour établir l'infertilité pathologique.²⁴ Une telle conception est cependant

¹⁷ CEDH, 3 nov. 2011, S.H. et autres c. Autriche [GC], § 82 ; CEDH, 11 fév. 2013, Knecht c. Roumanie, § 54

¹⁸ CEDH, 15 mars 2012, Gas et Dubois c. France, voir *infra*.

¹⁹ La différence de traitement est envisagée comme « une distinction introduite dans des situations analogues ou comparables » : CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique

²⁰ Art. L 2141-2 CSP

²¹ « Les troubles de la fertilité, état des connaissances et pistes pour la recherche », Rapport du groupe de travail réuni par l'Institut national de la santé et de la recherche médicale et par l'Agence de la biomédecine, 18 décembre 2012, p. 29, https://www.inserm.fr/sites/default/files/2017-11/Inserm_RapportThematique_TroublesFertilite_2012.pdf

²² Étude du CE, Sciences de la vie : de l'éthique au droit, 1988

²³ C. Neirinck, « L'assistance médicale à la procréation, questions civiles ou enjeu médical ? », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, pp. 301-314, p. 304

²⁴ *Ibid.*

problématique car si l'AMP « supplée l'inefficacité de la relation charnelle », elle ne guérit pas la stérilité.²⁵ La finalité purement médicale de l'AMP méritait donc d'être discutée.

C'est ce que fit la Cour Européenne des droits de l'homme, qui jugea en 2012 que l'AMP en France avait une finalité thérapeutique. La Cour considéra que : « Si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif [l'AMP] que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique (...) Ainsi, pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes [il s'agissait d'un couple de femmes]. »²⁶ La motivation du jugement s'explique par la finalité de l'AMP : parce qu'elle est conçue comme un remède à une infertilité pathologique, elle peut être exclusivement réservée aux couples hétérosexuels. En revanche en l'absence de référence à la condition de stérilité, il est probable que la France aurait été condamnée car seule l'orientation sexuelle du couple aurait alors été à l'origine de la différence de traitement.²⁷ De façon générale la Cour Européenne des droits de l'homme laisse une marge d'appréciation importante aux États membres en matière d'AMP, d'une part parce qu'elle considère qu'il n'y a pas de consensus entre les États membres sur ces « questions morales ou éthiques délicates »²⁸ ; d'autre part, parce que l'État y ménage « un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ».²⁹ De la même façon, dans son étude préalable au réexamen de la loi relative à la bioéthique, le Conseil d'État a estimé que les couples de femmes ou les femmes célibataires ne pouvaient revendiquer un traitement analogue à celui des couples hétérosexuels infertiles au nom du principe d'égalité, « eu égard à la finalité de compensation d'une infertilité pathologique que la loi assigne à la procréation médicalement assistée ».³⁰ Ce raisonnement est soutenu par une partie de la doctrine qui considère que le don du tiers opère comme une prothèse médicale, palliative, lorsque l'infertilité est pathologique.³¹ La prothèse permet alors de « corriger le handicap physique et psychique de l'infertilité de parents potentiels, et de réhabiliter leur capacité procréatrice perdue ou altérée »³², ce qui ne serait pas le cas dans le cadre de l'infertilité sociale où le don serait mis « au service de la convenance personnelle » du couple.³³ Dans le même sens, Muriel Fabre-Magnan qualifie l'infertilité et la stérilité sociales « d'oxymores » car « par définition même, l'infertilité et la stérilité sont des concepts biologiques se référant à des pathologies et à des réalités médicales, et elles sont donc incompatibles avec l'épithète 'social' ».³⁴

D'autres en revanche ont critiqué ces analyses de la Cour Européenne et du Conseil d'État au motif que la différence de traitement entre les couples hétérosexuels et homosexuels ne peut pas

²⁵ C. Labrusse-Riou, « Le corps à l'épreuve des biotechnologies. Perspectives juridiques », in *Écrits de bioéthique*, PUF, 2007, pp. 166-195, p. 182

²⁶ CEDH, 15 mars 2012, Gas et Dubois c. France

²⁷ P. Murat, « L'assistance médicale à la procréation, structures sociales ou droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, pp. 285-300. Voir aussi A. Dionisi-Peyrusse, « Refus d'accès à la PMA : quand les portes de la CEDH se referment pour non-épuisement des voies de recours internes », AJ fam. 2018. 236

²⁸ Pour une critique de cette vision de la CEDH, voir R. Scott, « Reproductive Health : Morals, Margins and Rights », MLR, (2018), 81(3), 422-453, qui estime notamment qu'il y a un consensus entre les États membres sur la question de l'AMP.

²⁹ Voir P. Murat, « L'assistance médicale... », *préc.*, p. 294-295. Voir aussi sur l'application de l'art. 8 dans ce domaine : Conseil de l'Europe, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31 août 2019, para 67-68

³⁰ Étude du CE : « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? », 28 juin 2018, p. 51

³¹ C. Neirincq, « L'assistance médicale à la procréation... », *préc.*, p. 305

³² Geneviève Delaisi de Parseval, « 'To FIV or not to FIV' : les enjeux psychiques de l'AMP », in *Procréation assistée et filiation*, (dir.) M.-X. Catto et K. Martin-Chenut, Institut des Sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Editions mare & martin, 2019, pp. 49-56, spéc. p. 55

³³ C. Neirincq, « L'assistance médicale à la procréation... », *préc.*, p. 305

³⁴ M. Fabre Magnan, *La gestation pour autrui : fictions et réalités*, Fayard, 2013, p. 122

s'expliquer sur le plan purement médical, puisque le don de gamètes ne guérirait pas plus le couple hétérosexuel de sa stérilité qu'il ne guérirait le couple homosexuel. Ainsi, que l'infertilité soit pathologique ou sociale, le don du tiers agirait non pas comme un traitement qui guérit mais plutôt comme une prothèse qui supplée une insuffisance.³⁵ De plus, les médecins accèdent parfois à la demande d'un couple alors même qu'ils ne parviennent pas à établir sa situation d'infertilité.³⁶ Pour ces raisons, le Gouvernement estime que l'AMP doit être envisagée comme une façon de « construire une famille »³⁷ qui devrait pouvoir bénéficier aussi aux femmes célibataires et lesbiennes.³⁸

Le désir de parenté doit-il être systématiquement identifié comme un besoin justifiant la mise en place d'un traitement médical ? Cette question - qui se pose depuis la mise en place de l'AMP en 1994 - est liée au rôle de la médecine. L'AMP pourrait s'inscrire au sein d'une médecine compassionnelle, « où la souffrance, le confort, le compassionnel tiennent une place importante. »³⁹ La médecine aurait pour objectif de remédier à une souffrance mentale et pas uniquement d'ordre physique. À l'inverse, cette extension de l'AMP peut être perçue comme un détournement de la finalité essentielle de la médecine dont la vocation serait de soigner et non pas de répondre aux désirs des gens.⁴⁰ Puisque l'AMP « ne guérit pas la stérilité », le véritable objet du contrat médical serait la « production » d'enfant.⁴¹ En ce sens, on peut noter que dans le contexte actuel du Covid-19, l'Agence de la biomédecine avait conseillé fin mars de reporter toutes les activités cliniques et biologiques d'AMP.⁴² On voit ici que l'AMP n'est pas considérée comme un traitement médical qui aurait dû être maintenu malgré le confinement.

De cela il nous semble qu'on peut conclure que l'AMP est moins un traitement médical qu'une possibilité de construire une famille. Reste à savoir si cette possibilité doit être offerte à tous. Lorsque le législateur de 1994 a autorisé l'AMP avec tiers donneur, son objectif était d'offrir aux couples hétérosexuels stériles la possibilité de concevoir un enfant. Pour préserver le modèle d'une conception fondée sur un engendrement charnel, il a restreint cette faculté aux seuls couples hétérosexuels atteints d'une infertilité « pathologique », c'est-à-dire aux couples de sexes différents qui ne peuvent pas avoir d'enfant naturellement, sans assistance médicale.⁴³ Certes, le désir d'enfant du couple a toujours été à l'origine de la demande mais ce désir demeurerait encadré par la nécessité que le couple ayant recours à l'AMP soit formé d'un homme et d'une femme afin de copier la procréation charnelle. Même si les gamètes d'un tiers étaient utilisés, la filiation de l'enfant demeurerait fondée sur l'altérité sexuelle du couple parental. Bien qu'il y ait une dissociation entre reproduction et filiation, la filiation supposait l'altérité sexuelle du couple. Le projet de réforme propose une extension de cette mesure au bénéfice des femmes seules et des couples de femmes, qui seraient atteintes d'une infertilité « sociale ». Cette extension résulte d'une prise en compte du désir d'enfant de plus en plus prégnante.

³⁵ Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, Contribution au débat sur l'accès à la PMA, Avis n°2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015 ; Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation, 20 novembre 2018, p. 9

³⁶ E. Supiot, « Ouverture de l'AMP : Réflexions sur la filiation », in *Procréation assistée et filiation*, (dir.) M.-X. Catto et K. Martin-Chenut, Institut des Sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Editions mare & martin, 2019, pp. 245-264, p. 250

³⁷ I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, p. 165

³⁸ Étude d'impact, p. 39-40

³⁹ P. Murat, « L'assistance médicale ... », *préc.*, p. 289

⁴⁰ CCNE, Rapport de synthèse, juin 2018, p. 111

⁴¹ C. Labrusse-Riou, « Le corps... », *préc.*, p. 182

⁴² <https://www.agence-biomedecine.fr/Recommandations-mises-a-jour-concernant-les-activites-d-assistance-medicale-a> Recommandations mises à jour le 25 mars 2020, page consultée le 11 mai 2020.

⁴³ C. Bouvyjou-Malpel, « L'assistance médicale à la procréation, évolution ou révolution ? » in *La révision des lois de bioéthique (loi du 7 juillet 2011)*, L'Harmattan, 2011

2) L'AMP conçue comme une assistance sociale : le risque d'émergence de nouvelles situations de discrimination

Le Gouvernement décrit l'AMP comme une « technique de parenté »⁴⁴ qui répond à « la souffrance ressentie du fait d'une infécondité consécutive à des orientations personnelles, qui ne sont pas choisies »⁴⁵. Or cette souffrance peut aussi être ressentie par des couples d'hommes, par un homme seul, par des couples plus âgés, ou par l'individu qui est confronté au deuil de son partenaire. Le refus de l'ouverture de l'AMP à ces catégories semble difficile à justifier si l'objectif de la réforme est de transformer l'AMP en un remède à l'infécondité sociale qui se détacherait du modèle de l'engendrement.⁴⁶

Si on étend l'AMP aux femmes seules et aux femmes lesbiennes au nom de l'égalité, pourquoi ne pas l'étendre aussi aux couples d'hommes ou aux hommes seuls ? Ici « la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe exclut absolument une égalité de traitement »⁴⁷ puisqu'un homme ne peut pas être « enceint ». Le projet actuel vise ainsi uniquement à promouvoir l'égalité entre des femmes qui ont toutes besoin d'un don de sperme pour pouvoir procréer (qu'elles soient en couple avec un homme, avec une femme, ou célibataire) : il n'est nulle part question d'étendre l'AMP aux couples d'hommes. Pourtant certains considèrent que si le projet de loi était adopté, il pourrait entraîner une discussion sur la gestation pour autrui (GPA).⁴⁸ L'introduction de la GPA soulève de nombreuses difficultés éthiques et juridiques⁴⁹ et ne saurait être réduite à un débat sur la discrimination, d'autant plus que la GPA n'est pas le « pendant » de la PMA pour les couples qui ne peuvent pas porter d'enfant. Néanmoins on pourrait concevoir qu'une discussion ait lieu, autour de la notion d'égalité réelle. Alors que l'égalité formelle implique de traiter de façon identique les femmes et les hommes, la notion d'égalité « réelle » ou « substantielle » renvoie aux traitements juridiques différenciés entre les femmes et les hommes, afin de remédier aux inégalités de situations qui existent entre eux.⁵⁰ Si la finalité de l'AMP est de remédier à une souffrance, cette égalité réelle pourrait être utilisée en faveur de l'ouverture de la GPA au profit des couples d'hommes ou des hommes seuls. Dans le cadre de l'AMP, la seule voie pour ces derniers de « concevoir » un enfant est de recourir à la GPA. « Les parents d'intention » demandent alors à une femme (la « mère porteuse ») de porter pour eux un enfant qui leur sera remis à la naissance. À ce titre, certains estiment qu'en ouvrant l'accès à l'AMP à toutes les femmes mais en refusant d'introduire la GPA, le législateur introduit une inégalité entre hommes et femmes.⁵¹

Au nom de ce même principe de non-discrimination, les femmes qui peuvent concevoir un enfant mais qui ne peuvent pas le porter pourraient, elles aussi, revendiquer un accès à la GPA. Ces femmes ne se sentent pas « stériles » mais « infécondes », car bien que privées d'utérus ou pourvues d'une matrice

⁴⁴ Étude d'impact, p. 45

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ D. Fenouillet, « Du mythe ... », *préc.*, p. 58

⁴⁷ Voir une décision suisse en ce sens : Arrêt de la 1^{re} Cour de droit public, 12 février 1982, *Fischer et consorts c. CE du canton de Vaud*

⁴⁸ Voir par exemple J. Morange, La procréation médicalement assistée et la cohérence du droit, RFDA 2019, 111; J. Hauser, Comité consultatif national d'éthique (CCNE 15 juin 2017, avis n° 126), D. 2018. 1875; R. Libchaber, L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes, RTD Civ. 2017, 623

⁴⁹ Sur la GPA, voir notamment M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui : fictions et réalités*, Fayard, 2013

⁵⁰ P. Rambaud, « L'égalité des sexes en droit social communautaire », D. 1998, p. 11

⁵¹ M. Gross, in *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, C. Neirinck et M. Gross, La documentation française, 2014, p. 160

déficiente leurs gamètes sont féconds.⁵² La distinction opérée par le droit actuel entre la « mère qui peut porter mais pas féconder » pour laquelle le don d'ovocyte est possible, et la « mère qui peut féconder mais pas porter » pour laquelle la GPA est interdite,⁵³ pose la question de la définition de la maternité juridique (la mère est-elle toujours celle qui accouche?)⁵⁴ et d'une possible rupture d'égalité entre les femmes. Cependant, comme nous l'avons déjà dit, l'objectif du Gouvernement dans le projet de loi actuel est de permettre qu'un mécanisme déjà existant (la procréation médicalement assistée avec tiers donneur) puisse bénéficier à toutes les femmes. Instaurer une technique tout à fait différente (la GPA) soulèverait des questions d'un tout autre ordre et il semble essentiel de rappeler que même si le projet de loi venait à être adopté il ne pourrait certainement pas en soi justifier la mise en place de la GPA.

De la même façon que le sexe, les conditions d'âge et de vie⁵⁵ pourraient apparaître comme discriminatoires. En France, on impose que les parents d'intention soient vivants au moment de la réalisation de l'AMP pour empêcher qu'on puisse « engendrer et fonder une filiation (...) hors de toute relation vivante ; la filiation dans un tel cas [n'étant] plus qu'une abstraction fantasmatique, ou le fait de la cellule et non de la personne. »⁵⁶ De surcroît, les demandeurs à l'AMP doivent être en âge de procréer afin de pouvoir prendre soin de l'enfant jusqu'à un âge où il sera autonome.⁵⁷ Malgré les justifications avancées, certains considèrent que ces limites devraient être écartées au nom de l'égalité. Plusieurs pays autorisent ainsi l'AMP post-mortem⁵⁸ ou l'AMP au bénéfice de couples plus âgés⁵⁹ et les vifs débats au Parlement sur l'AMP post-mortem montrent bien qu'il est complexe de répondre à ces questions.⁶⁰

L'extension de l'AMP à toutes les femmes en âge de procréer remet en cause le modèle de l'engendrement et dans la lignée de cette proposition on peut supposer que d'autres extensions soient un jour discutées.

3) Le contrôle du projet parental

⁵² D. Mehl, « GPA : des expériences de couples français », in *La Gestation pour autrui*, Académie internationale de médecine, (dir.) G. David, R. Henrion, P. Jouannet et C. Bergoignan-Esper, Lavoisier, 2011, p. 195

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Sur la dissociation de la maternité, voir P. Hilt, *Repenser la maternité*, D. 2019. 2190

⁵⁵ Étude d'impact, p. 69

⁵⁶ Voir C. Labrusse-Riou, « La vérité dans le droit des personnes », in *Écrits de bioéthique*, PUF, 2007, pp. 49-96, p. 75 ; V. Depadt-Sebag, *La procréation post mortem*, D. 2011, Point de vue 2213 ; J. Hauser, « Procréation médicalement assistée post mortem : le début du délitement ? », RTD civ. 2016. 600 ; N. Baillon-Wirtz, *La famille et la mort*, Defrénois, Doctorat et notariat, 2006

⁵⁷ Sur les discussions relatives aux limites d'âge : A.-M. Leroyer, « Accès à l'AMP : âge limite pour un homme », RTD civ. 2019. 557 ; J.-R. Binet, « Quel âge pour accéder à l'assistance médicale à la procréation ? », Dr. fam. 2017. 63 s. ; J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ?* PUF, 1987, p. 234 ; M.-C. de Montecler, « L'âge biologique et l'âge social de procréer pour les hommes, CE, 17 avril 2019 », AJDA 2019. 901

⁵⁸ L'AMP post-mortem est par exemple permise en Belgique, en Espagne, au Pays-Bas, au Royaume-Uni

⁵⁹ L'âge maximum de la femme est fixé à 50 ans en Grèce et en Estonie par exemple. Dans d'autres pays aucune limite n'est mentionnée : Autriche, Chypre, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Roumanie et Slovaquie (source : Agence de la biomédecine, « L'âge de procréer », 14 juin 2017, https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2017-co-18_age_de_procreer_version_finale_14_juin_2017.pdf) L'histoire du docteur italien Severino Antinori qui permet en 1994 à une femme de 62 ans de mettre au monde un enfant est célèbre (<https://www.britannica.com/biography/Severino-Antinori>)

⁶⁰ Voir par exemple les débats en Commission Spéciale à l'Assemblée Nationale en seconde lecture : J.-L. Touraine : « Il ne me semble pas raisonnable d'ajouter à la douleur du deuil que vivent ces femmes celle de renoncer aux gamètes de leur conjoint, alors que l'AMP est désormais ouverte aux femmes seules » ou encore G. Chiche : « dès lors que le projet de loi propose l'ouverture de la PMA aux femmes célibataires, nous interdirions à une veuve de poursuivre le projet parental avec les embryons constitués avec son conjoint ou sa conjointe, tout en l'autorisant à faire un don et à y recourir pour elle-même, dans le cadre d'un nouveau projet parental, dans la douleur. » Contra : T. Bazin « il nous appartient aussi de nous interroger sur les enfants et de nous poser une question fondamentale : peut-on naître d'une personne décédée un à trois ans plus tôt ? C'est techniquement possible, mais est-ce souhaitable ? » et P. Hetzel : « un enfant peut-il être un médicament pour soulager un deuil ? » - Assemblée Nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, séances des 29 et 30 juin 2020.

De façon paradoxale, alors que la disparition des conditions de couple et d'altérité sexuelle semble accroître la place conférée à la liberté individuelle, le projet de loi limite cette liberté en réintroduisant un concept supprimé en 2011 : la nécessité d'avoir un « projet parental ».⁶¹

La première loi bioéthique de 1994 disposait, dans des termes relativement similaires à ceux du projet de réforme actuel, que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ».⁶² Cependant, face aux nombreuses critiques qui s'étaient élevées à l'encontre de cette disposition,⁶³ le législateur a supprimé la référence à la « demande parentale » en 2011. Le texte de 2011 met l'accent sur les limites objectives du recours à l'AMP, qui ne peut intervenir que dans le « cadre exceptionnel et palliatif d'une indication médicale »⁶⁴. L'abandon de la référence à la « demande parentale » met fin à la perception selon laquelle l'enfant serait un objet thérapeutique destiné à combler les manques affectifs du couple demandeur.⁶⁵ En d'autres termes, il s'agissait pour le législateur de 2011 de rappeler que l'enfant doit être perçu comme un sujet de droit et non comme un objet. Néanmoins la réforme envisagée remet en cause cette philosophie. Elle propose de supprimer la condition actuelle d'infertilité et de remplacer le contrôle médical par un contrôle portant exclusivement sur le « projet » des parents. Ce contrôle continuerait à être opéré par une équipe médicale pluridisciplinaire mais il changerait de nature : de médical, il deviendrait un contrôle sur les motifs. Il serait la nouvelle condition essentielle de toute AMP : peu importe que l'AMP soit le fait d'un couple hétérosexuel, d'un couple homosexuel, ou d'une femme seule.

On peut arguer que dans la pratique la réforme n'est pas si révolutionnaire que cela puisqu'il est déjà nécessaire aujourd'hui que les demandeurs à l'AMP aient le projet de devenir parents. Ce projet est le plus souvent dûment réfléchi puisque le processus d'AMP est long et contraignant : on ne s'y engage pas à la légère. Au-delà de l'AMP, la filiation d'un enfant ne peut par ailleurs pas être réduite à sa dimension purement biologique : en ce sens le projet parental rappellerait combien il est important pour un enfant d'avoir été désiré et attendu par ses parents. Malgré cela, il nous semble que le concept de « projet parental » ravive les critiques développées à l'encontre de la « demande parentale » en 1994. Le projet parental apparaît comme l'étape qui permet de transformer le désir individuel des adultes en un acte de volonté. Le projet parental serait la concrétisation, l'extériorisation de ce souhait individuel. C'est l'acte de volonté et non pas l'acte charnel qui « engendrerait » ici l'enfant. L'enfant, non conçu, voit son intérêt défini par rapport au projet parental : l'enfant semble davantage être objet du projet parental qu'un sujet de droit bénéficiant d'une protection en soi. « Si l'on accepte, au stade de la procréation, de faire droit aux désirs des parents, il ne faut pas oublier que, dans cette entreprise de création, l'enfant se trouve largement réifié ».⁶⁶ Cette évolution du droit de l'AMP semble aller à

⁶¹ Le nouvel article L. 2141-2 du Code de la Santé Publique disposerait : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10. »

⁶² Ancien art. L. 152-2 du Code de la Santé Publique

⁶³ Voir spéc. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995, 226.

L'auteur cite P. Verdier et G. Delaisi de Parseval, *Enfant de personne*, 1994 : « les lois en France ne donnent guère un rôle central à l'enfant, centrées qu'elles sont sur l'intérêt à court terme de l'adulte ».

⁶⁴ S. Gerry-Vernières, « L'assistance médicale à la procréation : continuité ou rupture ? », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, pp. 315-329, p. 324

⁶⁵ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995, 226 : l'enfant « n'est pas voulu pour lui-même mais pour combler les manques affectifs et remplir le projet parental ».

⁶⁶ E. Supiot, « Ouverture de l'AMP... », *préc.*, p. 250

l'encontre du courant qui vise à mettre l'enfant au cœur du droit de la famille. Elle fait ressurgir la critique ancienne selon laquelle l'AMP fait de l'enfant « un enfant objet, produit de la technique, un enfant possiblement déterminé par des pouvoirs techniques qui reconstituent une puissance paternelle plus forte qu'elle n'a jamais pu exister autrefois »⁶⁷.

Par ailleurs, le « projet parental » transforme la nature du contrôle opéré par l'équipe médicale pluridisciplinaire, qui deviendrait un contrôle largement subjectif. Il serait un moyen de réserver l'accès à l'AMP aux individus qui apparaissent être de « bons » parents, c'est-à-dire ceux qui pourront apporter à l'enfant affection, attention, sentiment de sécurité.⁶⁸ Les « mauvais » parents, eux, seront donc écartés. Certes on comprend pourquoi le législateur impose un tel contrôle car en son absence des difficultés évidentes pourraient se poser – tel que la possibilité pour une personne condamnée pour traitements abusifs ou infractions sexuelles sur des enfants d'accéder à l'AMP par exemple. Pour autant, ce contrôle subjectif n'est pas sans soulever des difficultés. D'abord, l'amour que les parents doivent témoigner à leur futur enfant peut être difficile à évaluer. Ensuite, le terme de « projet » suppose un plan sur le long terme : comment peut-on apprécier si les demandeurs seront de bons parents non seulement au jour de la naissance mais aussi dans dix ans ? Cela conduit à se demander si être parent consiste à « accueillir ou maîtriser la vie ». ⁶⁹ Ce jugement qualitatif des individus transparaît dans l'étude d'impact gouvernementale qui compare les parents ayant conçu un enfant charnellement aux parents ayant eu recours à l'AMP. L'étude énonce ainsi « que certains enfants, nés sans recours à l'assistance médicale à la procréation, n'ont pas nécessairement la chance d'être le fruit d'un projet parental. »⁷⁰ Remplir un « projet parental » serait donc la garantie d'une « bonne parenté ». ⁷¹ La comparaison entre ces types de familles nous semble maladroite car dans le cas de la procréation charnelle il n'y a pas d'acte médical, donc pas d'intervention extérieure et pas de « projet parental » à contrôler. Par ailleurs, « Faire de ce projet parental le magistrat suprême (...) laisse entendre que les êtres humains qui ont été conçus par surprise, voire accueillis de mauvaise grâce, ce qui se produit bien sûr, ne sont pas vraiment « du même rang » que ceux qui ont été portés par un projet parental. »⁷² L'absence de projet parental pourrait signifier une absence de désir, qui serait elle-même synonyme d'un risque de mauvaise parenté. Apparaît ici le risque d'établir une hiérarchie entre les « parentés » qui dépendrait du mode de conception de l'enfant.

En faisant du projet parental la condition essentielle de l'AMP, le texte proposé fonde la parenté exclusivement sur le désir individuel. Dans le cadre de la réforme de l'AMP, une nouvelle réflexion sur la place conférée au projet parental nous semble donc pertinente. Le désir d'enfant suffit-il à fonder à la parenté ?

B- Le désir d'enfant : fondement exclusif d'un droit d'accès à l'AMP ?

⁶⁷ C. Labrusse-Riou, « Les problèmes éthiques des savants et l'expérimentation française », in *Funzione et funzionamento dei comitati etici*, dir. G. Gerin, 1991, p. 65

⁶⁸ Étude d'impact, p. 42.

⁶⁹ C. Legras, « Le projet parental suffit-il ? », *Laennec*, 2012, n°1, Tome 60, p. 24 à 37

⁷⁰ Étude d'impact, p. 42.

⁷¹ *Ibid.*, p. 45.

⁷² C. Legras, « Le projet... », *préc.*

L'importance conférée à l'intention s'inscrit dans le mouvement législatif de dissociation entre sexualité et procréation, mouvement amorcé ces dernières décennies avec la maîtrise de la reproduction : légalisation de l'avortement, développement des méthodes contraceptives, apparition des nouvelles techniques de procréation. Au sein de ce mouvement, l'AMP transforme la conception du droit à la reproduction. La question qui se pose pour le législateur français est celle de l'encadrement de l'accès à l'AMP.

1) De l'autonomie reproductrice des femmes à un « droit à » l'AMP

Différents textes internationaux consacrent un droit fondamental à fonder une famille (art. 16 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, art. 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 23 al. 2 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, art. 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme). Chaque individu serait ainsi libre de construire sa famille. « Le groupe social, dont l'État est le gardien, qui voudrait lui barrer la route dans la concrétisation de ce projet individuel, serait illégitime à le faire, car il s'agit d'un droit fondamental, d'un droit subjectif naturel de l'être humain ».⁷³ L'extension de l'AMP s'inscrirait dans la reconnaissance de ce droit fondamental. Ainsi, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a déjà reconnu un droit « au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir »⁷⁴ ou encore un droit « au respect de la décision de devenir parent génétique ».⁷⁵ L'extension de l'AMP est aussi revendiquée au nom de « l'autonomie de la personne », qui est l'un des principes de l'éthique médicale⁷⁶ et qui implique le respect de la volonté des personnes. Il s'agit de laisser à la femme le libre-choix, de laisser au médecin le choix de sa réponse, en respectant le principe de non-discrimination.⁷⁷ Un encadrement de l'accès à l'AMP pourrait ainsi apparaître comme une atteinte aux droits de l'homme et au principe d'autonomie.

Pourtant, en la matière, comme nous l'avons déjà dit, la Cour Européenne des droits de l'homme laisse une marge d'appréciation importante aux États membres.⁷⁸ Il n'y a donc pas d'obligation pour les États d'autoriser l'AMP. Par ailleurs, parce que la famille est « l'élément naturel et fondamental de la société » (art. 16 al. 3 DU), on peut considérer que le droit de fonder une famille par le biais de l'AMP doit être encadré pour préserver le bien social. Contrairement aux pays anglo-saxons qui tendent surtout à protéger les droits individuels contre les ingérences de l'État, le droit français s'efforcerait de « promouvoir », voire même « d'imposer au sein de la société une certaine conception de l'humain ».⁷⁹ Or il apparaît clairement que la société française a, jusqu'alors, fondé le modèle légal d'accès à l'AMP sur la reproduction naturelle.

⁷³ M-A. Frison Roche, « Une famille à sa main », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, pp. 249-265, p. 261

⁷⁴ CEDH, 7 mars 2006, Evans v. RU

⁷⁵ CEDH, 4 décembre 2007, Dickson v. RU

⁷⁶ L'autonomie est l'un de quatre principes cardinaux de l'éthique mis en avant par T. Beauchamp et J. Childress, in *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1994

⁷⁷ Conseil national de l'ordre des médecins, Avis du 20 septembre 2018 : « Extension de l'AMP : l'éthique et la déontologie médicales ne sauraient permettre de s'opposer à cette demande sociétale »

⁷⁸ CEDH, 3 nov. 2011, S.H. et autres c. Autriche [GC] : la Cour estime qu'il faut laisser en cette matière une large marge d'appréciation aux États, étant donné que la fécondation *in vitro* avec donneur « continue à susciter de délicates interrogations d'ordre moral, éthique et sociétales dans lesquelles il faut faire entrer la dignité humaine, le bien-être des enfants ainsi que la prévention des abus possibles ». Voir aussi CEDH, 24 janvier 2017, Paradiso et Campanelli c. Italie [GC] : la Convention « ne consacre aucun droit de devenir parent et pose que l'intérêt général prime le désir de parentalité (...) ». Voir aussi CEDH, 26 fév. 2002, Fretté c. France : « le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir d'en fonder une ».

⁷⁹ F. Dreifuss-Netter, « La loi française : des principes au pragmatisme », in *La Maîtrise de la vie*, (dir.) L. Khaïat et C. Marchal, Ed. érès, 2012, pp. 109-117, p. 110.

La reproduction nécessite d'obtenir des gamètes des deux sexes pour pouvoir procréer. Comme le rappelle Catherine Labrusse-Riou, « La filiation fonde une relation ; il faut encore être deux pour que l'enfant naisse et cela atteste de notre impuissance à l'accomplir seul comme l'exigence de l'inscrire dans une relation vivante ».⁸⁰ Chez l'être humain, la reproduction est sexuée, ce qui pose la question de la nature juridique de l'apport de gamètes du tiers. Y'a-t-il un droit pour la personne infertile (qu'il s'agisse d'une infertilité pathologique ou sociale) d'obtenir un tel apport ? Rosamund Scott considère que puisque l'AMP est la seule façon de donner aux individus stériles le choix de se reproduire, l'AMP doit être conçue comme un traitement thérapeutique. Le droit de se reproduire doit donc conduire à la mise en place de traitements afin que soit en pris en compte les besoins des individus et leur autonomie.⁸¹ Martine Gross estime qu'on ne devrait pas distinguer entre la procréation charnelle et l'AMP. Elle déplore que la liberté de procréer soit « réservée à ceux qui peuvent l'exercer sans assistance » et que « dans le contexte de l'AMP, la protection de cette liberté [soit] appelée 'droit à l'enfant' quand on veut la limiter ».⁸² De même, Ruwen Ogien considère que la « liberté positive de procréer n'est rien d'autre que celle d'avoir accès à l'assistance médicale à la procréation, sans discrimination selon des critères sexistes (comme l'âge des candidates) ou homophobes, etc. »⁸³ Pourtant il nous semble qu'il faut ici distinguer entre liberté et droit subjectif. En effet les incapacités physiques ou intellectuelles d'un individu ne sont pas des « privations de liberté » qui commanderaient de façon systématique la création de droits supplémentaires.⁸⁴ Puisque la CEDH n'a pas consacré de droit à l'AMP, rien n'oblige les États-membres à remédier ici à une incapacité dont souffre un individu (il n'y a pas d'obligation positive). Si l'Etat choisit de remédier à cette incapacité, il confère à cet individu un droit subjectif, c'est-à-dire qu'il le dote d'« une prérogative que la personne exerce pour la satisfaction de son intérêt personnel ».⁸⁵ Lorsqu'une femme sollicite une AMP avec tiers donneur, il ne s'agit donc pas de son autonomie mais d'un droit qui lui est conféré puisqu'il y a un débiteur (le corps médical, et au-delà l'État) tenu d'exécuter une prestation.⁸⁶ L'AMP « n'implique plus seulement l'exercice d'une liberté individuelle dans la sphère privée, mais bien l'intervention active du tiers, auquel se trouve au premier rang l'État lui-même ».⁸⁷ Ce que revendique le demandeur à l'AMP, ce n'est pas la simple faculté de faire ce qu'il souhaite, mais les moyens de le faire.⁸⁸ Ainsi lorsque le Gouvernement intervient dans le cadre de l'AMP, il ne s'agit pas de reconnaître une « liberté de procréer » mais il s'agit de la mise en place d'un droit subjectif à l'accès à l'AMP. C'est ce qui justifie son encadrement.

2) L'encadrement du droit à l'AMP

Au-delà de l'identification des titulaires d'un droit à l'accès à l'AMP, le contenu même de ce droit suscite des questions. Le Gouvernement distingue le « droit à la procréation » du « droit à l'enfant ». À propos du droit à l'enfant, il reprend les propos du Conseil d'État : « Il n'a jamais été question de reconnaître un tel droit qui, du reste, n'a aucune consistance juridique dès lors qu'un enfant est une

⁸⁰ C. Labrusse-Riou, « La vérité... », *préc.*, p. 83

⁸¹ R. Scott, « Reproductive Health », *préc.*

⁸² M. Gross, in *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, C. Neirinck et M. Gross, La documentation française, 2014, p. 141

⁸³ R. Ogien, « Les exclus de l'AMP », in *La Maîtrise de la vie*, (dir.) L. Khaïat et C. Marchal, Ed. érès, 2012, pp.225-234, p. 228

⁸⁴ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 234

⁸⁵ M-A. Frison Roche, « Une famille à sa main », *préc.*, p. 255

⁸⁶ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 227

⁸⁷ C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français – Etude critique*, PUAM, 2009, p. 57

⁸⁸ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 226.

personne, un sujet de droit, et qu'il ne saurait être envisagé comme l'objet du droit d'un tiers ».⁸⁹ Le Gouvernement considère que le cadre juridique mis en place « impose des conditions aux couples hétérosexuels », conditions qui « s'appliqueront pareillement aux couples de femmes et aux femmes célibataires (notamment la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à naître (...)) ».⁹⁰ Or l'intérêt de l'enfant ne serait pas remis en cause par l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules car « la structure de la famille compte beaucoup moins que le soutien de l'environnement, la dynamique familiale, la qualité des relations entre parents et enfants ainsi qu'entre les parents eux-mêmes »⁹¹. Le Gouvernement en conclut que « la seule revendication est celle du droit au désir d'enfant »⁹². Nous formulerons plusieurs observations face à ces affirmations.

Le Gouvernement insiste sur les « conditions »⁹³ qu'il impose, garantes de l'intérêt de l'enfant à naître. L'objectif de ces conditions seraient de s'assurer que les parents seront aptes à prodiguer à l'enfant affection, attention, sentiment de sécurité.⁹⁴ Pourtant ces conditions ne sont peut-être pas suffisantes. D'abord parce qu'affection et bien-être sont des données subjectives, difficiles à qualifier juridiquement. Ensuite parce que de nombreux individus peuvent apporter affection et bien-être à un enfant, ce qui soulève *de lege ferenda* la question de l'extension de l'AMP aux hommes seuls et aux couples d'hommes (et donc de la GPA). Enfin la notion d'intérêt de l'enfant est une notion malléable, « une boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver ».⁹⁵ Dans le projet de loi, l'intérêt de l'enfant renvoie à l'amour qu'il recevra de ses parents et à l'épanouissement de sa personnalité. Sur cet aspect précis – celui de savoir s'il est dans l'intérêt de l'enfant de naître et d'être élevé dans une famille homoparentale – les avis sont partagés⁹⁶ et Jean-René Binet regrette que le processus législatif ait été « marqué par une accélération du temps (...). La mission parlementaire d'information à l'Assemblée nationale, constituée en juin dernier, a duré peu de temps et les débats n'ont pas été approfondis. »⁹⁷ Au-delà de ce point, l'intérêt de l'enfant renvoie à la reconnaissance de ses droits, notamment au droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux.⁹⁸ La reconnaissance des droits de l'enfant est à son tour définie de plusieurs façons. Pour certains, le droit de l'enfant se limite à un droit d'accès à ses origines, la parenté se définissant au-delà de la procréation et des liens du sang.⁹⁹ D'autres considèrent en revanche que le projet parental d'un couple de femmes ou d'une femme seule prive l'enfant de ses droits à connaître ses parents et à être élevé par eux, puisqu'il ne connaîtrait pas son père.¹⁰⁰ Face à de telles divergences d'opinions, affirmer que le projet de loi respecte l'intérêt de l'enfant à naître est une conclusion hâtive. Il semble surtout qu'ici l'intérêt de l'enfant ne soit que « le paravent d'autres considérations ».¹⁰¹ L'intérêt de l'enfant permet aux opposants de la réforme de

⁸⁹ Étude du CE, p. 50, citée dans l'Étude d'impact, p.41

⁹⁰ Étude d'impact, p. 41

⁹¹ CCNE, avis n° 126, p. 28

⁹² Étude d'impact, p. 41

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, p. 42

⁹⁵ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995, 226. Voir aussi J. Carbonnier, *Droit civil*, 21^e éd., Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, p. 85 : l'intérêt de l'enfant y est qualifié de « formule magique ».

⁹⁶ Étude du CE, p. 53

⁹⁷ Sénat, Comptes rendus de Commission spéciale sur la bioéthique, 28 novembre 2019

⁹⁸ Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, article 7 : « L'enfant a (...) dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. »

⁹⁹ G. Kessler, « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », RTD civ. 2019, 519

¹⁰⁰ F. Dekeuwer-Défossez, « Le mariage et l'adoption par les couples homosexuels : la question juridique », *Études* 2012/11, pp. 465-474.

¹⁰¹ Sur le mépris de l'intérêt de l'enfant, voir déjà en 1995, F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995, 226.

défendre la structure sociale actuelle et aux partisans de la réforme de revendiquer la reconnaissance d'un droit à l'AMP. Il serait finalement un prétexte bien commode pour masquer l'objet réel du débat : le maintien d'une conception de la famille fondée sur l'altérité sexuelle du couple parental *versus* la mise en place d'un droit à l'AMP conféré à toutes les femmes.

À l'heure actuelle, le contenu du droit à l'AMP avec tiers donneur demeure encadré : il s'agit du droit de concevoir un enfant avec un tiers donneur mais sans que ce tiers donneur ne puisse être choisi par les parents. Le projet actuel ne revient pas sur l'anonymisation des gamètes. Le don de gamètes reste gratuit et il est impossible pour les parents de choisir le donneur.¹⁰² Par ailleurs, « le Gouvernement n'envisage pas de recourir à des banques étrangères. »¹⁰³ Ces mesures démontrent une volonté du Gouvernement d'encadrer le désir des demandeurs : ces derniers ne peuvent pas choisir le patrimoine génétique de leurs enfants. Si l'on remettait en cause l'anonymisation des gamètes, les parents d'intention se verraient proposer des gamètes de « qualité » ou comportant telle ou telle caractéristique génétique. Le risque serait l'émergence d'un marché de l'enfant. Le marché proposerait un « enfant conçu sur mesure » (« plus l'enfant se rapproche de 'l'enfant idéal' selon les critères occidentaux et plus la prestation est coûteuse » selon la loi du marché).¹⁰⁴ Ces mesures évitent ainsi des risques de déviance vers ce que certains considèrent depuis longtemps comme une forme d'eugénisme : celui des sélections non pas imposées mais proposées.¹⁰⁵ Cependant, l'ouverture de l'AMP à toutes les femmes risque d'augmenter le nombre de demandes de gamètes masculins et de créer une pénurie de dons sachant que les dons actuels sont déjà insuffisants pour répondre aux demandes actuelles.¹⁰⁶ En raison de cette impossibilité pratique de répondre à tous les désirs de reproduction, le Gouvernement risque d'être soumis à des pressions pour revenir sur la gratuité et sur l'anonymat du don de gamètes¹⁰⁷. Ces contraintes de fait justifieront-elles une remise en cause des règles actuelles afin d'augmenter le nombre de dons ? On peut le supposer car comment imaginer faire une classification entre les couples de demandeurs ? Les limites de fait entravant la réalisation de ce désir (ici la pénurie de gamètes) pourraient être perçues comme justifiant une révision des règles de droit.

Pour le Gouvernement, « la seule revendication est celle du droit au désir d'enfant »¹⁰⁸. L'expression interpelle : y'aurait-il un droit au désir ? Le désir est défini comme l'action de désirer, d'aspirer à avoir, à obtenir, à faire quelque chose. C'est une envie, un souhait.¹⁰⁹ Il semble donc que parce qu'il s'agit d'une aspiration individuelle le droit n'ait pas en s'en mêler. Ici plus que d'un droit au désir il semble être question d'un droit d'accès à l'AMP. La mise en place d'un tel droit conduit à un possible

¹⁰² Étude d'impact, p. 63-64

¹⁰³ *Ibid.*, p. 65

¹⁰⁴ M-A. Frison Roche, « Une famille à sa main », *préc.*, p. 265

¹⁰⁵ Sur la question de l'eugénisme, voir J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, Gallimard, coll. NRF Essais, 2014. Voir déjà en 1991, M. Long, « Conférence inaugurale du Congrès international d'éthique médicale », RFDA 1991 p.395 : « La seconde [déviation de l'AMP] serait de passer des remèdes corrigeant les défauts de la nature à l'ambition de faire mieux qu'elle. Il ne s'agirait plus seulement de permettre une grossesse naturellement impossible, mais d'offrir des garanties supérieures aux grossesses naturelles. Ne s'agit-il pas d'un premier pas vers un eugénisme, dépouillé de tout fondement idéologique condamné, mais relevant des nouvelles possibilités offertes aux hommes d'aller plus loin dans la protection de leur capital de santé ? ».

¹⁰⁶ En 2017, 404 donneurs de spermes ont permis à 1961 couples de recevoir un don, ce qui a donné lieu à 956 naissances. Cependant ces dons ne sont pas suffisants pour répondre à toutes les demandes. Cf. site du CECOS : https://www.cecocos.org/?page_id=4297 (page consultée le 15 juil.-20).

¹⁰⁷ Étude d'impact, p. 63

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 41

¹⁰⁹ Dictionnaire de la langue française, Larousse, voir « désir »

glissement vers un droit à l'enfant. Certes ce droit d'accès à l'AMP ne peut jamais garantir à un couple ou à un individu qu'il « obtiendra » un enfant et en ce sens, on ne peut pas parler de droit à l'enfant. Cependant la finalité de l'AMP étant précisément la conception de l'enfant, le projet de loi semble bien mettre en place un droit à l'accès à l'enfant.¹¹⁰ Bien sûr on peut faire valoir que la conception d'un enfant provient toujours d'un désir des adultes. Néanmoins dans la procréation charnelle, il n'y a pas d'intervention du droit au stade de la conception : le droit n'intervient que dans un second temps (lorsque l'enfant a déjà été conçu) pour permettre l'établissement de sa filiation. Dans l'AMP en revanche l'intervention du droit se fait avant même la conception. Le désir de conception est pris en compte par le législateur pour donner (ou pour refuser de donner) un droit d'accès à l'AMP. Il s'agit ici d'une « fabrication » d'enfant permise par le droit.¹¹¹ « On s'accorde à récuser la notion de droit à l'enfant mais en légitimant les procréations assistées on entérine pourtant ce droit puisque l'enfant espéré (...) est en réalité l'objet du contrat ». ¹¹² On peut se demander si tel devrait être l'objectif du droit. Muriel Fabre-Magnan rappelle ainsi que « Le droit n'a pas pour finalité d'assurer le bonheur individuel et, à l'inverse, la souffrance des couples sans enfants ne peut pas être automatiquement source d'un droit à ce que la société leur en fabrique ». ¹¹³ Cette analyse n'est pas nouvelle puisqu'elle s'applique à l'ensemble des AMP avec tiers donneur où l'enfant devient un instrument du désir des adultes. Cependant le texte de loi actuel impose une « stérilité pathologique » et calque ainsi l'AMP sur le modèle de la filiation charnelle. Il évite d'ébranler le modèle de filiation français comme nous le verrons dans la seconde partie. Dans le projet de réforme en revanche le désir d'enfant justifie à lui seul le recours à l'AMP : excepté les conditions d'âge et la nécessité d'être en vie pesant sur les demandeurs, le désir met en branle à lui seul le processus d'AMP. Le fait que l'enfant ait été désiré semble laisser supposer que son intérêt est respecté : s'il a été désiré, il sera aimé et son intérêt sera donc protégé. Ainsi si depuis sa mise en place en 1994 l'AMP avec tiers donneur consiste bien à donner à des adultes un droit d'accès à l'enfant, le projet de loi renforce encore la place conférée au désir individuel. La frontière entre le désir de parenté, la prise en compte de ce désir par l'accès à l'AMP, et la consécration du droit à l'enfant est bien ténue. ¹¹⁴

La réforme provient largement de la prise en compte de l'inefficacité des règles actuelles qui n'empêchent en aucun cas les femmes françaises de se rendre à l'étranger pour recourir à l'AMP. Il s'agirait que le droit se résigne devant ces situations de fait qu'il ne peut pas sanctionner ; bref de légaliser ces situations puisqu'on ne peut pas les empêcher. Différentes options semblent ici possibles. Soit on laisse prévaloir les volontés individuelles dans une sphère qui par nature est intime : celle de la reproduction. Dans ce cas de figure, le droit s'efface et le seul encadrement des pratiques de l'AMP se fait par le corps médical. Soit on considère que l'enjeu est essentiel pour la société (l'enfant représentant l'avenir de la société) et on opte pour un encadrement législatif. L'encadrement peut à son tour prendre deux formes : libéral, il tient compte des pratiques clandestines opérées à l'étranger et des évolutions sociales ; autoritaire, il encadre l'AMP pour faire valoir une vision de la famille fondée sur une filiation bisexuée, exclusive et pérenne. Si pour certains l'encadrement de l'AMP apparaît comme une limite à la liberté de procréer, il nous semble qu'il garantit la mise en place d'une

¹¹⁰ En ce sens, M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 228 : « l'expression du 'droit à l'enfant' ne peut viser qu'un droit à l'AMP, c'est-à-dire un droit à être aidé à concevoir et à mettre au monde un enfant lorsqu'on ne le peut pas naturellement ».

¹¹¹ C. Labrusse-Riou, « Le corps ... », *préc.*, p. 182

¹¹² C. Labrusse-Riou, « Le corps ... », *préc.*, p. 182

¹¹³ M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui : fictions et réalités*, Fayard, 2013, p. 116-117

¹¹⁴ A. Mirkovic, « Rapport de la mission parlementaire sur la bioéthique : vers la procréation sans sexe pour tous », *Revue Médecine et Droit*, 2019, 156, p. 49-54

structure sociale cohérente. Au sein de cette structure, les nouveaux droits subjectifs conférés aux individus doivent prendre en compte les règles existant en droit de la filiation soit pour s'y soumettre, soit pour les faire évoluer. Pourtant, dans la lignée de la mise en place d'un droit d'accès à l'AMP fondé sur le désir d'avoir un enfant, le projet propose la mise en place d'une filiation construite sur la volonté individuelle, ce qui bouleverse le droit actuel.

II- La prise en compte du désir de parenté au stade de l'établissement de la filiation de l'enfant né de l'AMP

L'extension de l'AMP aux femmes seules et aux couples de femmes suppose de poser des règles relatives à la filiation de l'enfant né dans le cadre de ces pratiques. Au stade de l'établissement de la filiation de l'enfant, le désir de ces femmes conduit à la possibilité de créer des familles sans père. L'une des controverses majeures suscitées par la réforme provient de la remise en cause du modèle de filiation existant (A). L'importance accordée par le projet de loi à l'intention des parents comme nouveau fondement de la filiation révèle la prise en compte par le législateur du désir d'enfant (B).

A- Une remise en cause des principes juridiques fondant le modèle de filiation actuel

L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules permet de réfléchir à la pertinence du recours au lien biologique dans l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une AMP avec tiers donneur. Elle invite le législateur à mettre en place des règles qui soient propres à l'AMP. Néanmoins cette extension de l'AMP bouleverse les « structures anthropologiques essentielles » du système de parenté français, puisque la réforme remet en cause « la bilinéarité paternelle et maternelle » et « la différenciation sans discrimination de la paternité et de la maternité quant aux critères déterminant la filiation. »¹¹⁵

1) Vraisemblance biologique et AMP

La complexité du modèle français de la filiation provient de ce qu'il prend en compte tout à la fois des éléments biologiques, sociologiques, et volontaires. Il prévoit trois modes d'établissement non contentieux de la filiation : par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire, par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.¹¹⁶

Par l'effet de la loi, la femme qui accouche est la mère de l'enfant¹¹⁷, même si l'acte de naissance est le mode usuel d'établissement de la filiation maternelle.¹¹⁸ Si la mère est mariée, son mari est présumé être le père de l'enfant.¹¹⁹ Maternité et paternité sont alors fondées sur la vraisemblance biologique. La reconnaissance, quant à elle, est un acte de volonté¹²⁰, même si le lien biologique joue un rôle important en cas de contestation de la filiation (l'expertise biologique étant de droit¹²¹). Quant à la possession d'état, elle met l'accent sur le lien sociologique, sur le vécu de l'enfant. Dans tous les cas

¹¹⁵ C. Labrusse-Riou, « Les procréations artificielles : un défi pour le droit » in *Écrits de bioéthique*, PUF, 2007, pp. 112-125, p. 121

¹¹⁶ Art. 310-1 C. civ.

¹¹⁷ Art. 325 C. civ.

¹¹⁸ Art. 311-25 C. civ.

¹¹⁹ Art. 312 C. civ.

¹²⁰ Art. 316 C. civ.

¹²¹ C. Cass. Civ. 1ère, 28 mars 2000, n°98-12.806

de figure, il s'agit de privilégier « ce qui se voit et ce qui est crédible : l'accouchement, le mariage de la mère, la reconnaissance, la possession d'état ».¹²²

Vérité biologique et vérité sociologique interviennent également pour contester ou consolider la filiation. Par exemple, la filiation paternelle de l'enfant pourra être contestée s'il est prouvé que le mari de la mère ou l'auteur d'une reconnaissance paternelle n'est pas le père biologique de l'enfant.¹²³ L'engagement parental, qui se traduit par la prise en compte d'un élément sociologique, c'est-à-dire par la « possession d'état », peut à l'inverse renforcer la filiation fondée sur la vérité ou la vraisemblance biologique.¹²⁴ Ainsi, l'article 333 du Code civil encadre strictement l'action en contestation d'une filiation résultant d'un titre et d'une possession d'état conforme à ce titre. L'objectif est d'offrir à tout enfant un double lien de filiation dont la solidité et la permanence sont notamment assurées lorsque l'engagement parental coïncide avec la vraisemblance biologique.

Si ce système semble cohérent, il est plus difficile de comprendre pourquoi le législateur ne distingue pas entre procréation naturelle et AMP avec tiers donneur. Dans ce dernier cas, l'enfant est rattaché au couple qui avait préalablement consenti à cette AMP, le consentement des membres du couple leur interdisant à la fois toute action en contestation de cette filiation¹²⁵ et toute action en établissement de la filiation à l'encontre du donneur¹²⁶. De ces dispositions il résulte que la filiation de l'enfant né d'une AMP avec tiers donneur est établie selon les règles de droit commun : le recours à l'AMP étant secret, rien ne permet à l'officier d'état civil qui enregistre la naissance de connaître les circonstances de la conception de l'enfant. La mère de l'enfant est donc la femme qui accouche, y compris lorsque l'enfant a été conçu grâce à un don d'ovocyte.¹²⁷ Le père d'intention voit sa paternité légale établie selon les règles du droit commun même lorsqu'il n'est pas le géniteur de l'enfant, c'est-à-dire soit par le recours à la présomption de paternité s'il est marié avec la mère, soit par la reconnaissance ou par la possession d'état constatée dans un acte de notoriété s'il ne l'est pas. L'AMP imite le modèle biologique puisqu'il s'agit de faire « comme si » l'enfant était né d'un acte de procréation charnelle entre les membres du couple bénéficiaire.¹²⁸ Cette approche n'est pas concevable dans le cadre d'une AMP réalisée par un couple de femmes puisqu'on ne peut faire « comme si » l'enfant avait été engendré charnellement par ces deux femmes. La nécessité de trouver une solution adéquate pour l'AMP faite par deux femmes permet de s'interroger plus généralement sur le bien-fondé de la vraisemblance biologique comme fondement de la filiation dans le cadre de l'AMP avec tiers donneur.

Faut-il indiquer sur l'acte de naissance de l'enfant né d'une AMP les circonstances de sa conception ? Certains y sont défavorables car ils considèrent que c'est aux parents eux-mêmes qu'appartient cette décision. Ils estiment qu'il faut préserver la « paix des familles »¹²⁹ et conserver le *statu quo* dans le cadre des PMA faites au sein d'un couple hétérosexuel. D'autres en revanche prônent la levée du secret de l'origine de l'enfant. Puisqu'on sait que dans l'AMP avec tiers donneur le père légal n'est pas le géniteur, pourquoi ne pas reconnaître expressément que sa paternité provient de sa volonté ? Le projet de loi serait l'occasion de reconnaître la place de la volonté dans l'établissement de la filiation.

¹²² C. Neirinck, « Réforme de l'assistance médicale à la procréation : Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », JCP.G. 2019. 351.

¹²³ Art. 332 C. civ.

¹²⁴ Art. 311-1 et 311-2 C. civ.

¹²⁵ Art. 311-20 C. civ.

¹²⁶ Art. 311-19 C. civ.

¹²⁷ Art. 311-25 C. civ.

¹²⁸ C. Pérès, Lien biologique et filiation : quel avenir ?, D. 2019. 1184

¹²⁹ Étude d'impact, p. 194. Voir *supra*.

Cette proposition permettrait de mettre en avant la responsabilité du couple d'intention dans « l'engendrement » de l'enfant¹³⁰ et constituerait une innovation sociale souhaitable, la filiation étant avant tout « l'expression d'une reconnaissance sociale ».¹³¹

Se pose cependant la question du couple ayant recours à un don d'ovocyte : dans ce cas, la maternité est établie par l'accouchement même si la mère n'a pas fourni ses gamètes, et la paternité, elle, est établie par les règles de droit commun – ce qui correspond bien à la réalité biologique. Faudrait-il alors distinguer entre le don d'ovocyte où la composante « biologique » est présente à la fois à l'égard du père (qui est le géniteur) et de la mère (qui a porté l'enfant et qui l'a mis au monde), et le don de sperme où il n'y a pas de composante biologique à l'égard du père ? De notre point de vue, il faudrait tenir compte de la réalité de chaque situation : le lien biologique ou gestationnel permettrait d'établir la parenté de l'enfant dans l'AMP comme dans la filiation charnelle (via l'accouchement, la présomption de paternité, la reconnaissance). En revanche, pour le parent qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant, une déclaration d'engagement irréversible serait nécessaire (peu importe que ce second parent soit un homme ou une femme).

La fiction actuelle sur laquelle est fondée la filiation de l'enfant né d'une AMP avec tiers donneur est difficile à justifier. Pourquoi vouloir faire « comme si » l'enfant était rattaché biologiquement à ses deux parents ? Si la réforme était actée, une évolution du droit sur ce point serait souhaitable et nécessaire.

2) *L'altérité sexuelle du couple parental*

Un autre principe fondateur de la filiation procréative en France remis en cause par la réforme est celui de la double ascendance bisexuée. Certains considèrent que l'abandon de ce principe serait le prolongement logique d'une évolution plus générale du droit de la famille, caractérisée par une « dématrimonialisation » de la filiation et par une remise en cause de l'altérité sexuelle du couple parental.¹³² L'AMP pour toutes les femmes s'alignerait dans la continuité de l'adoption individuelle¹³³ et de l'adoption par les couples de même sexe mariés¹³⁴, le Conseil constitutionnel ayant d'ailleurs jugé que le caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle n'est pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République.¹³⁵ Pourtant l'évolution de la famille doit être nuancée car « il ne faut pas confondre le phénomène du démariage avec une remise en cause du modèle de l'engendrement. Ce n'est pas parce que l'égalité des sexes a modifié le sens du mariage que le modèle de l'engendrement doit être remis en cause ».¹³⁶

Tout d'abord, la comparaison de l'AMP avec l'adoption présente des limites, leurs objectifs étant différents. L'adoption vise ainsi à donner des parents à un enfant qui en est privé alors que l'AMP vise à concevoir un enfant pour répondre à un désir de parenté. Dans l'adoption, le point de départ est l'intérêt de l'enfant déjà né, quand dans l'AMP, le point de départ est le désir d'enfant. Ainsi l'extension

¹³⁰ I. Théry et A-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalité, préc.*, p. 10-11

¹³¹ F. Héritier, *Une pensée en mouvement*, éd. Odile Jacob, 2009, p. 170

¹³² I. Théry et A-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalité, préc.* Voir aussi I. Théry, *Le Démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993.

¹³³ Mise en place par la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 (C. civ., art. 343-1)

¹³⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 (C. civ., art. 343)

¹³⁵ C.C., décision n° 2013-669 DC, considérant 56.

¹³⁶ D. Fenouillet, « Du mythe... », *préc.*, p. 57

de la PMA aux femmes seules et aux couples de femmes efface la branche paternelle d'un enfant non pas en raison d'un événement de la vie (enfant orphelin, qui serait ensuite adopté par une femme seule ou par un couple de femmes, par exemple) mais en raison d'un choix des adultes. Ici le projet de loi provoque « cette absence de père et, surtout, (...) il institutionnalise la situation ainsi créée en fermant l'action en recherche de paternité aux enfants concernés. »¹³⁷

Ensuite, l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe, si elle a remis en cause la figure d'un couple parental reposant sur l'altérité sexuelle, n'a pas bouleversé le droit de la filiation procréative. Il faut en particulier souligner que l'AMP demeure aujourd'hui calqué sur le modèle de la filiation charnelle puisqu'il suppose la double exigence du couple bilinéaire de la filiation (bi-parenté) et de l'altérité sexuelle (bi-parenté hétérosexuelle). Le droit français fonde son système de parenté sur le fait naturel, c'est-à-dire sur les lois de la reproduction qui implique le concours des deux sexes. Ce qui signifie que chaque individu ne peut être l'enfant que d'un seul homme et d'une seule femme, et qu'il s'inscrit dans une succession de générations dont l'ordre ne peut être inversé.¹³⁸ Le droit français favorise la bi-parenté à travers les règles d'établissement de la filiation mais également en préservant les relations personnelles de l'enfant avec ses parents.¹³⁹ S'il est essentiel pour le droit d'innover en tenant compte des évolutions sociales, il est également nécessaire de « préserver les bases fondatrices de la filiation ».¹⁴⁰ La filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle permet à l'enfant de s'ancrer dans la chaîne humaine.¹⁴¹ Il ne s'agit pas de réduire la filiation à la seule dimension biologique mais d'éviter de survaloriser la projection mentale du désir d'enfant. Il est important de reconnaître la dimension corporelle que revêt la conception¹⁴² et l'influence qu'elle exerce ensuite sur l'établissement de la filiation. Bien que la forme juridique de la filiation soit une création, elle « accueille une réalité préexistante » sur laquelle elle se fonde.¹⁴³ La règle de droit dont la fonction est d'organiser les liens sociaux, et non d'en créer de nouveaux, se fonde sur la réalité de la conception de l'enfant. Le projet de loi qui propose qu'un enfant puisse avoir deux mères détache la filiation de « son substrat biologique fondé sur l'altérité des sexes ».¹⁴⁴ Il conduirait à « mettre la volonté à la place de la réalité », le législateur jouant alors un rôle de « demiurge »¹⁴⁵ puisqu'il « engendrerait » un nouveau lien de filiation. Pour reprendre les propos de Caroline Siffrein-Blanc, « la question n'est pas celle de la qualification de l'homosexualité, encore moins celle de la capacité des sujets homosexuels à aimer et éduquer. Elle est celle de l'institutionnalisation, c'est-à-dire de la codification par la loi, elle-même, d'une structure familiale. »¹⁴⁶ De même, Dominique Fenouillet souligne qu'il ne s'agit pas d'une discrimination qui serait fondée sur l'orientation sexuelle du couple homosexuel, mais d'une distinction en raison de l'absence d'altérité sexuelle.¹⁴⁷

3) *Égalité des enfants dans l'établissement de leur filiation*

¹³⁷ A. Mirkovic, « Rapport... », *préc.*

¹³⁸ C. Siffrein-Blanc, « La parenté en droit civil français – Etude critique », PUAM, 2009, spéc. p. 27 et s. et p. 51

¹³⁹ C. Siffrein-Blanc, « La parenté en droit civil français – Etude critique », PUAM, 2009, spéc. p. 54

¹⁴⁰ C. Siffrein-Blanc, « La parenté en droit civil français – Etude critique », PUAM, 2009, p. 42

¹⁴¹ D. Fenouillet, « Du mythe... », *préc.*, p. 42.

¹⁴² C. Siffrein-Blanc, « La parenté en droit civil français – Etude critique », PUAM, 2009, spéc. p. 222

¹⁴³ F. Rouvière, « Volonté et filiation : la confusion des genres », RTD civ. 2019, 703.

¹⁴⁴ F. Dekeuwer-Défossez, « Le mariage et l'adoption par les couples homosexuels : la question juridique », *Etudes*, 2012/11, pp. 465-474, spéc. p. 467.

¹⁴⁵ F. Rouvière, « Volonté et filiation : la confusion des genres », RTD civ. 2019, 703.

¹⁴⁶ C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français – Etude critique*, PUAM, 2009, p. 89

¹⁴⁷ D. Fenouillet, « Du mythe... », *préc.*, p. 40.

Le projet de loi permet qu'un enfant né d'une PMA réalisée par un couple de femmes ou par une femme seule soit doté d'une filiation exclusivement maternelle, ce qui ébranle le principe d'égalité des enfants dans l'établissement et dans la contestation de leur filiation.

Pour le Gouvernement, il n'y a pas d'obstacle juridique à la mesure proposée car « le législateur, le Conseil constitutionnel et les deux hautes juridictions ont considéré qu'aucun grand principe ni aucun droit fondamental ne faisait obstacle à ce qu'un enfant ait un seul parent ou deux parents de même sexe. »¹⁴⁸ En revanche, dans son rapport, l'Académie de médecine se réfère à l'article 7 alinéa 1 de la Convention Internationale des droits de l'homme et rappelle le « droit de tout enfant à avoir un père et une mère dans la mesure du possible ». Elle estime que le projet de loi conduit sur ce point à « une rupture volontaire d'égalité entre les enfants. »¹⁴⁹

Le droit français permet à tout enfant d'établir sa filiation maternelle et paternelle, sauf en cas d'inceste absolu¹⁵⁰. Par ailleurs, l'article 310 du Code civil énonce : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et leur mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ». Les réformes de la filiation¹⁵¹ ont ainsi facilité l'établissement de la filiation paternelle, y compris dans l'AMP, où le législateur a prévu que l'enfant aurait un père et une mère. Même si ce père et cette mère peuvent ne pas être les géniteurs de l'enfant, il n'en reste pas moins que l'enfant a une double parenté légale. L'établissement de cette double parenté légale semble donc être un droit de l'enfant en France, même lorsque cette parenté ne correspond pas à la vérité biologique.

À la différence de ces dispositions, le projet de réforme prévoit que l'enfant né suite à une PMA réalisée au profit d'une femme seule ou d'un couple de femmes n'aura de filiation légale qu'à l'égard de cette femme ou de ce couple de femmes. Il n'aura pas de filiation paternelle établie. Ainsi en décidant d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules, le projet de loi relatif à la bioéthique écarte le père de la filiation. Cette situation doit être distinguée de celle dans laquelle une femme aurait un enfant par relation charnelle sans que l'enfant n'ait de père *dans les faits* (parce qu'elle n'aurait pas informé l'homme de sa grossesse ou parce que celui-ci se serait désintéressé de l'enfant, par exemple). De même, elle se distingue de l'hypothèse dans laquelle la femme aurait recours à une assistance « amicale » à la procréation, c'est-à-dire la situation où l'enfant est conçu sans intervention du corps médical, grâce à un accord conclu directement par la femme et le géniteur (par exemple, lorsque la femme demande à un ami de lui fournir du sperme). Dans ces deux cas de figure, rien n'empêchera la mère agissant au nom de l'enfant mineur d'établir *en droit* le lien de filiation paternelle. De la même façon l'homme pourrait faire établir sa paternité *juridique*. Ainsi l'article 323 du Code civil interdit toute renonciation aux actions en filiation par anticipation. Tel n'est pas le cas lorsque l'enfant est né d'une PMA réalisée par un couple de femmes ou par une femme seule :

¹⁴⁸ Étude d'impact, p. 35

¹⁴⁹ Académie Nationale de Médecine, Rapport sur le projet de loi bioéthique, 18 septembre 2019, <http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2019/09/Rapport-sur-le-projet-de-loi-relatif-a-la-bioethique-2019-09-ANM.pdf>

¹⁵⁰ Art. 310-2 C. civ. Le législateur français juge que l'intérêt de l'enfant commande qu'il soit privé de son père ou de sa mère plutôt que d'officialiser l'inceste qui a donné lieu à sa conception. Cette prohibition permet de préserver « l'ordre établi dans la famille » (voir D. Fenouillet, Dr. famille 2003, chron. 29).

¹⁵¹ Voir les lois du 3 janvier 1972, du 8 janvier 1993 et l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui réforment l'action en recherche de paternité. Voir aussi dans le cadre de l'accouchement sous X, la loi du 22 janvier 2002 : elle permet au père, qui aurait fait une reconnaissance prénatale, de saisir le procureur de la République pour qu'il l'aide à retrouver l'enfant (art. 62-1 du Code civil).

l'établissement d'un lien de filiation paternelle devient ici impossible en *droit*. Ici il ne s'agit pas pour le droit de reconnaître une réalité factuelle (l'existence d'une famille monoparentale ou homoparentale) mais de contribuer à la création *ab initio* d'une famille sans père. En effet ici c'est le droit qui empêche l'enfant d'établir son lien de filiation paternelle. Pour Catherine Labrusse-Riou, ce droit de la femme célibataire ou homosexuelle d'avoir un enfant par insémination artificielle revient à « nier la paternité de cet enfant. Cela nous ramène avant 1912, au temps où les enfants illégitimes ne pouvaient établir en justice leur filiation. Curieux retournement de la modernité vers l'archaïque ! »¹⁵². On ne rentrera pas ici dans le débat consistant à savoir si un père est nécessaire pour l'enfant, sur le plan psychique, symbolique ou sociologique.¹⁵³ On soulignera simplement que la paternité légale produit des conséquences, quel que soit le comportement du père. D'abord, elle ancre l'enfant dans une lignée généalogique, et ce même lorsque son père ne joue pas son 'rôle' de père. Ensuite, la paternité est un statut qui confère à l'enfant des droits et des obligations : droits successoraux, droit d'être entretenu (obligation d'entretien pesant sur les parents). Ainsi il nous semble que l'enfant devrait pouvoir continuer à bénéficier d'un droit d'établir sa filiation paternelle.

Par ailleurs, nous regrettons que le projet de réforme ne distingue pas entre homoparenté et monoparenté. Dans le premier cas, l'enfant aura deux parents. Du point de vue des obligations parentales dues à l'enfant, il n'y a pas de différence entre avoir deux parents de même sexe ou de parents de sexe opposés : l'enfant obtiendra des droits alimentaires et successoraux à l'égard de ses deux mères. Le seul obstacle légal provient de la remise en cause du système de filiation ordinaire fondé sur l'altérité sexuelle du couple parental, que nous avons déjà évoquée, puisque l'inscription généalogique ne serait plus ici fondée sur la vraisemblance biologique. Dans le second cas, celui d'une AMP réalisée par une femme seule, l'enfant est délibérément privé d'un second parent légal. Cette privation l'empêche d'être ancré dans une double lignée généalogique et le prive des droits dont bénéficie tout enfant à l'égard de son second parent. Il semble bien qu'il y ait ici une rupture d'égalité entre les enfants.

Le projet de réforme permettrait que l'AMP avec tiers donneur réponde au désir de tout individu de concevoir un enfant y compris lorsque ce désir remettrait en cause les principes de la filiation procréative de droit français : vraisemblance biologique de la filiation, double parenté sexuée, égalité des filiations. Qu'on soit ou non favorable à cette évolution, elle impliquerait de revoir en profondeur le droit de la filiation actuelle.

B- L'intention comme fondement de la filiation : bouleversement des règles établies

Le projet de loi propose que la filiation de l'enfant né par PMA soit établie différemment selon que le projet parental soit fait par un couple hétérosexuel, une femme seule ou un couple de femmes. Dans les deux premiers cas, ce sont les dispositifs ordinaires d'établissement de la filiation qui s'appliquent. En revanche, pour les couples de femmes, Assemblée nationale et Sénat optent pour des solutions différentes.

1) Assemblée nationale : faire de l'intention un nouveau fondement de la filiation

¹⁵² C. Labrusse-Riou, « La vérité... », *préc.*, p. 75

¹⁵³ Sur la nécessité du père, voir CCNE, avis n° 126, *préc.*, p. 26

L'Assemblée nationale préconise un mode d'établissement de la filiation spécifique à l'enfant conçu par deux femmes. Ces femmes devraient effectuer une déclaration conjointe devant un notaire avant la naissance de l'enfant. Cette déclaration contiendrait à la fois leur consentement à l'AMP et leur engagement de devenir les parents légaux de l'enfant à naître. La filiation reposerait donc sur la consécration du projet parental, c'est-à-dire sur un acte de volonté. Cela supposerait la création d'un titre VII bis au sein du Livre I du Code civil dans lequel seraient inscrites les règles conférant un double lien de filiation monosexuée à l'égard de l'enfant né d'une AMP initiée par deux femmes. L'intention du couple prend alors une place prépondérante : elle intervient non seulement au stade de la conception de l'enfant (par le biais du projet parental qui devient la condition essentielle) mais aussi au stade de l'établissement de sa filiation. Sur ce dernier point, le projet de réforme fait l'objet de trois reproches.

Premier reproche : discrimination entre les couples

En premier lieu, la mesure proposée conduirait à une **discrimination** entre les couples hétérosexuels et homosexuels recourant à l'AMP avec tiers donneur. Alors que les premiers sont soumis au droit commun, les seconds se verraient dotés de règles spéciales risquant de conduire à de nouvelles formes de stigmatisation. Deux **solutions** seraient alors possibles.

La première serait d'étendre les règles de droit commun aux couples de femmes. Les couples de femmes pourraient, de la même manière que les couples hétérosexuels, consentir au don de gamètes, puis établir la filiation de la seconde femme par reconnaissance sur présentation de ce consentement à l'officier d'état civil.¹⁵⁴ Pour les enfants nés d'une AMP réalisée dans le cadre d'un mariage, le principe d'égalité justifierait qu'on étende le bénéfice de la présomption de « paternité » à la seconde mère en la transformant en présomption de parenté. Pour certains, cette solution n'est guère envisageable car la présomption est une conséquence logique du devoir de fidélité.¹⁵⁵ Pour d'autres, on pourrait détacher la présomption de paternité de toute référence à l'obligation de fidélité¹⁵⁶ et créer une nouvelle présomption : dans le cadre de tout mariage, l'accueil d'un enfant serait présumé comme résultant d'un projet parental conjugal.¹⁵⁷ Cependant cette dernière solution remettrait en cause le caractère biologique de la présomption de paternité dans les couples hétérosexuels : il empêcherait le mari dont la femme aurait eu un enfant de contester sa paternité alors même qu'il ne serait pas le géniteur de cet enfant.¹⁵⁸ De la même façon, l'extension de la reconnaissance à la seconde mère lorsque le couple n'est pas marié semble difficile à opérer car la reconnaissance est, elle aussi, liée à la vérité biologique (la paternité pouvant être contestée s'il est prouvé que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père¹⁵⁹). De façon générale, la dimension biologique de la filiation charnelle perdrait alors de son importance : la possibilité pour un parent de contester sa parenté en recourant à un test sanguin pourrait par exemple disparaître. Il est donc difficile d'aligner parfaitement les régimes applicables, à moins de revoir plus en profondeur les règles de la filiation.

¹⁵⁴ M. Mesnil, Sénat, Comptes rendus de Commission spéciale sur la bioéthique, 28 novembre 2019

¹⁵⁵ C. Neirinck, *Parents-enfants...*, préc., p. 57 et p. 81

¹⁵⁶ Voir M. Gross, *Parents-enfants...*, préc., p. 180.

¹⁵⁷ E. Supiot, « Ouverture de l'AMP... », préc., p. 254

¹⁵⁸ M. Gross, *Parents-enfants...*, préc., p. 179-180

¹⁵⁹ Art. 332 al. 2 C. civ.

La seconde solution, plus satisfaisante selon nous, serait de créer des règles de filiation particulières pour tous les enfants nés d'une AMP avec tiers donneur, par exemple en recourant à « une déclaration d'engagement de filiation ».¹⁶⁰ Comme nous l'avons expliqué précédemment, la fiction biologique ne semble pas un fondement pertinent dans l'AMP avec tiers donneur. Une déclaration d'engagement irréversible prise par le parent qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant nous semble une meilleure solution (qu'il s'agisse du père de l'enfant ou de sa seconde mère).

Deuxième reproche : pas de distinction entre les mères

Le second reproche à l'encontre de la proposition adoptée par l'Assemblée nationale est que ce **nouveau mode de filiation ne distinguerait pas entre les deux mères**, c'est-à-dire entre la femme qui accouche et l'autre femme. Toutes deux seraient mères sur le seul fondement de leur consentement. L'accouchement en lui-même n'établirait pas la maternité de la femme qui accouche. « Ce système semble nier la réalité de la grossesse et de l'accouchement puisque la filiation repose sur la seule volonté des parents ».¹⁶¹ Pour y remédier, on pourrait prévoir que « L'accouchement ferait la mère tandis que la déclaration ferait la maternité de l'autre »¹⁶². Cette proposition serait ainsi conforme à deux principes fondateurs du droit français : celui selon laquelle la mère est la femme qui accouche du seul fait de sa désignation dans l'acte de naissance (art. 311-25 C. Civ), et celui qui sépare les deux liens de filiation de l'enfant l'un de l'autre (art. 310 C. Civ).

Troisième reproche : l'intention comme fondement de la filiation

Le troisième reproche à l'encontre du système de déclaration conjointe est qu'il ferait de **l'intention** un nouveau fondement de la filiation. Le droit français établit actuellement la filiation sur deux fondements : soit sur l'engendrement ou la vraisemblance d'engendrement (titre VII : « De la filiation »), soit sur l'adoption (titre VIII : « De la filiation adoptive »). La déclaration conjointe remettrait en cause le mythe de l'engendrement¹⁶³, aujourd'hui utilisé pour établir la parenté du père et de la mère d'intention en cas d'AMP avec tiers donneur. On aurait recours à la volonté, volonté qui est le fondement utilisé dans l'adoption. Cette mesure constituerait une rupture dans notre droit de la filiation puisqu'elle ferait de la volonté un nouveau fondement de la filiation. Elle irait à l'encontre de la biologisation du droit de la famille opérée au XXe siècle, biologisation qui a conduit à faire du code génétique une composante essentielle de la filiation. Ainsi malgré la part « considérable »¹⁶⁴ conférée à la possession d'état, le lien biologique permet aujourd'hui l'établissement de la filiation comme sa contestation,¹⁶⁵ l'expertise biologique étant de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder.¹⁶⁶ Par ailleurs, on ne peut pas nier que l'élément biologique joue un rôle dans les AMP pratiquées par un couple de femmes puisque celles-ci souhaitent très souvent être liées biologiquement à l'enfant (soit en jouant le rôle de gestatrice, soit en jouant le rôle de génitrice). En

¹⁶⁰ M. Gross, *Parents-enfants...*, préc., p. 180

¹⁶¹ H. Fulchiron, Sénat, Comptes rendus de Commission spéciale sur la bioéthique, 28 novembre 2019

¹⁶² J.-R. Binet, Sénat, Comptes rendus de Commission spéciale sur la bioéthique, 28 novembre 2019

¹⁶³ D. Fenouillet, « Du mythe ... », préc.

¹⁶⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, Coll. Quadrige, 2004, p. 949. Ainsi l'action en contestation est irrecevable lorsque l'enfant a une filiation établie par un titre, et une possession d'état conforme ayant duré plus de 5 ans (art. 333 c. civ.).

¹⁶⁵ V. Lasserre, « La refondation de la famille et de la société par les gènes », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, pp.19-35, p. 21.

¹⁶⁶ C. Cass. Civ. 1ère, 28 mars 2000, n°98-12.806 : « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ».

ce sens, la Commission spéciale examinant le texte en seconde lecture à l'Assemblée Nationale a proposé d'autoriser la réception des ovocytes de la partenaire (ROPA).¹⁶⁷ Le ROPA permet que lorsqu'un couple de femme a recours à l'AMP, l'une des deux femmes donne son patrimoine génétique à l'enfant et que la seconde le porte dans son ventre. Autrement dit, l'une est génitrice et la seconde gestatrice. Cécile Pérès note que « le discours de l'homoparenté recèle ainsi une profonde contradiction : ces femmes réfutent le lien biologique comme fondateur de la filiation s'agissant de l'homme, relégué à un géniteur, mais veulent presque toujours être reliées à l'enfant pour asseoir leur filiation ».¹⁶⁸ Aussi faudrait-il s'assurer de bien distinguer entre filiation charnelle et AMP avec tiers donneur. Le rôle conféré à l'intention devrait être limité aux hypothèses dans lesquelles la composante biologique entre le parent et son enfant n'existe pas.

Le recours à la volonté resterait problématique pour plusieurs raisons. Pour garantir l'**indisponibilité** du lien de filiation, il semble essentiel de s'assurer de la **solidité** de cet engagement parental. Or certains auteurs estiment que la volonté ne confère pas cette solidité. Au niveau de l'établissement même du lien de filiation, tout dépendrait du bon vouloir du parent : celui-ci pourrait créer le lien de filiation mais aussi le refuser.¹⁶⁹ Hugues Fulchiron regrette ainsi que « ce système pense la filiation par rapport au choix et aux intérêts des parents, ce qui semble contraire à une des évolutions des plus importantes du droit contemporain de la famille, à savoir la reconnaissance des droits de l'enfant ».¹⁷⁰ Au niveau ensuite de sa possible remise en cause, Muriel Fabre-Magnan relève que « Si le lien est, juridiquement, défini par une pure intention et une pure affection, il est logique qu'il cesse en cas de disparition de celles-ci (...) Les devoirs liés à la mise au monde d'un enfant ne peuvent varier ou cesser au gré de l'évolution des sentiments et des intentions ».¹⁷¹ En cas de séparation du couple, si le second parent se désintéresse de l'enfant, il pourra parfois être difficile de justifier le maintien d'un lien de filiation qui ne sera fondé ni sur réalité sociologique, ni sur une réalité biologique mais simplement sur une « intention » devenue caduque. Même si cette filiation devient une « coquille vide », on peut souhaiter qu'elle soit maintenue – ne serait-ce que parce qu'elle continuera à assurer à l'enfant certains droits patrimoniaux (alimentaires et successoraux). L'une des solutions pourrait être de rapprocher l'engagement parental dans l'AMP avec l'engagement pris par les adoptants. Dans l'adoption simple, le lien adoptif peut être rompu pour motifs graves alors que dans l'adoption plénière, le lien de filiation est irrévocable et l'appareillement de l'enfant à la famille de l'adoptant est complet. Afin d'assurer l'indisponibilité de la filiation de l'enfant, élément essentiel de son identité, il faudrait que la parenté dans l'AMP se fonde sur un engagement irréversible.

Une autre difficulté est que le recours à l'intention entraînerait des conséquences sur l'ensemble du droit de la filiation. Si la parenté ne se construit plus sur le modèle de l'engendrement, toutes les compositions sont possibles : pluri-parentalité, parenté entre personnes de même âge, insémination post-mortem etc.¹⁷² On pourrait aussi imaginer qu'en dehors du cadre de l'AMP un parent puisse écarter sa parenté tout simplement parce qu'il refuse d'être parent. Elsa Supiot propose ainsi que dans

¹⁶⁷ Assemblée Nationale, texte n° 3181, adopté par la commission spéciale, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à la bioéthique (n°2658), 3 juillet 2020, Article 1^{er}, point 21 : « Lorsque l'assistance médicale à la procréation implique un couple de deux femmes, les demandeurs peuvent recourir, quand cela est possible, à l'utilisation des gamètes des membres du couple ou de l'un ou l'autre des membres du couple, après avis de l'équipe clinico-pluridisciplinaire. »

¹⁶⁸ C. Pérès, Lien biologique et filiation : quel avenir ?, D. 2019. 1184, spéc. p. 5

¹⁶⁹ D. Fenouillet, « Du mythe ... », *préc.*, p. 66

¹⁷⁰ H. Fulchiron, Sénat, Comptes rendus de Commission spéciale sur la bioéthique, 28 novembre 2019

¹⁷¹ M. Fabre Magnan, *La gestation pour autrui : fictions et réalités*, Fayard, 2013, p. 25-26

¹⁷² D. Fenouillet, « Du mythe... », *préc.*, p. 66

le cadre de la procréation charnelle, un géniteur puisse écarter sa paternité à l'égard d'un enfant qu'il ne voulait pas avoir. Par le biais de sa simple volonté, le père biologique devrait pouvoir empêcher l'établissement d'un lien de filiation.¹⁷³ La réforme participerait à l'émergence d'une nouvelle famille, fondée sur la volonté individuelle.¹⁷⁴ Il s'agit d'une « vision hyper-individualiste de la filiation » où les « catégories juridiques de père, mère ou de parent [seraient] des notions librement disponibles, chacun ayant la liberté de se définir comme il l'entend, au titre de son autonomie personnelle. »¹⁷⁵ Nous ne sommes pas favorables à une telle évolution et il nous semble qu'il faut dissocier entre parenté et parentalité. Le père qui se retrouve père « malgré lui » (alors qu'il ne voulait pas de l'enfant) peut être un mauvais « éducateur » (il ne remplit pas son rôle « parental ») mais il doit cependant subvenir aux besoins de l'enfant. La parenté continue à produire ses effets légaux, et notamment ses effets patrimoniaux (obligation d'entretien, succession). Nous pensons donc qu'il est essentiel de limiter le rôle joué par la volonté des parents car cette volonté renforce les pouvoirs des parents, sans que l'enfant ne puisse intervenir et parfois à son détriment. La volonté parentale ne devrait être utilisée que pour établir la filiation de l'enfant à l'égard du parent avec lequel il n'a pas de lien biologique : seconde mère dans le cadre de l'AMP par un couple de femmes, père dans le cadre de l'AMP avec don de sperme. Cette volonté devrait par ailleurs prendre la forme d'un véritable engagement vis-à-vis de l'enfant.

2) Sénat : ouvrir l'adoption pour y intégrer les AMP

Le Sénat fait écho à la critique selon laquelle la disposition adoptée par l'Assemblée nationale fragiliserait tout le système français de filiation et fait ainsi trois propositions.

La première vise à insérer un nouvel article au sein du Code civil interdisant explicitement l'établissement de deux filiations maternelles ou paternelles à l'égard d'un même enfant.

La seconde prévoit que la filiation de l'enfant issu d'une AMP réalisée par un couple de femmes soit divisible. Elle serait soumise au droit commun pour la femme qui accouche. Quant à l'autre femme, elle devrait nécessairement faire établir sa parenté par la voie de l'adoption.¹⁷⁶ En effet en droit français l'adoption est la seule possibilité d'établir un lien de filiation fondé sur la volonté. Par ailleurs, l'adoption est nécessairement établie par jugement, ce qui permet de vérifier que les conditions légales de l'adoption sont remplies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Ces mesures s'appliqueraient à la demande d'adoption faite par la seconde mère dans le cadre d'une AMP. Il nous semble que cette proposition prendrait en compte la nature « hybride » de cette AMP, qui est gestationnelle à l'égard de la mère qui accouche (« biologique ») mais volontaire à l'égard de l'autre parent (« élective »). Il est cependant regrettable que le Sénat n'ait pas été au bout de son raisonnement en proposant que cette règle soit aussi applicable dans le cadre d'une AMP réalisée par un couple hétérosexuel, puisque le raisonnement serait le même.

¹⁷³ E. Supiot, « Ouverture de l'AMP... », *préc.*, p. 253. Ce refus ferait l'objet d'un acte sous seing privé à minima et devrait être manifesté dans un délai raisonnable.

¹⁷⁴ M-A. Frison Roche, « Une famille à sa main », *préc.*, p. 253

¹⁷⁵ C. Pérès, Lien biologique et filiation : quel avenir ?, D. 2019. 1184, spéc. p. 7.

¹⁷⁶ Sénat, 21 janvier 2020, amendement 67

En outre, afin de sécuriser l'établissement de la filiation de l'enfant, l'amendement adopté par le Sénat prévoit que lorsque la femme qui accouche consent à une AMP avec donneur, son consentement vaut consentement à l'adoption de l'enfant par l'autre membre du couple. De même, le consentement de la seconde femme à l'AMP vaut engagement de sa part à introduire une demande d'adoption de l'enfant. Si elle n'introduisait pas cette demande, sa responsabilité pourrait être engagée, et l'adoption prononcée à la requête de la mère de l'enfant.

La proposition du Sénat nécessite de revoir les conditions requises pour l'adoption puisque pour l'heure l'adoption n'est pas ouverte aux couples de concubin. Or l'extension de l'AMP au profit des couples de femmes proposée par le projet de loi ne nécessite pas que les requérantes soient mariées. Aussi le Sénat propose-t-il que l'adoption soit ouverte aux couples liés par un PACS et aux couples de concubins. De même, l'adoption de l'enfant du partenaire de PACS ou du concubin suivrait le même modèle que l'adoption de l'enfant du conjoint. Dans cette situation, l'adoptant bénéficie d'une procédure simplifiée : aucune condition d'âge ni agrément n'est exigée. De plus, lorsque l'enfant serait issu d'une AMP avec donneur, la condition d'accueil au foyer de l'adoptant de six mois ne serait pas requise et le tribunal de grande instance aurait un mois pour rendre son jugement, contre six pour les autres procédures d'adoption. La filiation adoptive de cet enfant pourrait ainsi être établie dans le mois suivant sa naissance.

Cette proposition du Sénat éviterait de bouleverser le droit de la filiation fondé sur l'engendrement. Elle permettrait de maintenir la cohérence des règles actuelles du titre VII « De la filiation ». Elle altérerait en revanche profondément le titre VIII « De la filiation adoptive ». Pourtant, l'adoption a été conçue pour donner une famille à un enfant, non pour établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant dont la conception a été initiée par l'adoptant lui-même. Catherine Labrusse-Riou condamne ainsi la possibilité d'une adoption anténatale : « nous accepterions alors de produire des enfants pour l'adoption, alors que notre droit veut l'adoption pour l'enfant. Même si, en fait, nombre d'adoptants veulent l'enfant pour eux-mêmes, il demeure qu'ils ne sont pas responsables de l'existence de l'enfant qu'ils adoptent, mais seulement de leur qualité d'adoptants, tandis que les demandeurs de procréation par donneur sont responsables de cette naissance provoquée alors en vue de l'adoption ».¹⁷⁷ On ne peut que se remémorer la fameuse expression de Jean Hauser : « l'adoption à tout faire ».¹⁷⁸ L'adoption serait ici une catégorie juridique « fourre-tout », bien commode pour se débarrasser de cette filiation découlant d'une AMP qu'on ne sait pas comment appréhender. Cela ne signifie pas que l'adoption ne pourrait pas être une solution envisageable mais qu'il convient de mesurer toutes les conséquences introduites par ce changement révolutionnaire. Or on peut se demander si une loi consacrée à la bioéthique a vocation à reformer les règles relatives à l'adoption et en particulier à ouvrir l'adoption aux couples de concubins ou liés par un PACS. Notre propos n'est pas de condamner cette ouverture en soi mais de souligner qu'elle mérite qu'une réflexion spécifique lui soit consacrée.

Ces discussions entre les deux chambres révèlent la difficulté pour le législateur de poser des règles de filiation cohérente dans le cadre de l'AMP réalisée par un couple de femmes. Hugues Fulchiron propose le recours à l'engagement plutôt qu'à la volonté. « Cette notion d'engagement devrait être mise au centre du droit de la filiation, plus que l'idée de volonté qui renvoie à l'autonomie du sujet. Or

¹⁷⁷ C. Labrusse-Riou, « La vérité ... », *préc.*, p. 79

¹⁷⁸ J. Hauser, « L'adoption à tout faire », *D.* 1987. Chron. 205

l'engagement à l'égard de l'enfant auquel on a donné la vie justifie que cet engagement soit irréversible. Une volonté peut être variable, l'engagement est irréversible. »¹⁷⁹ Il y aurait finalement trois types de filiation possible : une filiation découlant de l'engendrement charnel, une filiation découlant de l'adoption, une filiation découlant d'un engagement qui proviendrait du fait pour un parent d'avoir contribué à l'engendrement de l'enfant en recourant à l'AMP. Il n'en reste pas moins qu'il faudrait alors s'interroger sur les contestations possibles de ces différents modes de filiation et réfléchir à la cohérence de l'édifice global.

Conclusion

Dans le rapport d'Irène Théry et d'Anne-Marie Leroyer apparaît le souhait qu'on substitue « au modèle matrimonial » pseudo-procréatif » un droit de la filiation à la fois *commun et pluraliste*, respectueux de la spécificité des nouvelles formes de filiation fondées sur l'engagement, et soucieux d'assurer enfin le droit fondamental de l'enfant d'accéder à sa propre histoire ».¹⁸⁰ La reconnaissance du pluralisme familial découle d'une évolution récente : celle de la prise en compte de l'épanouissement personnel par le droit. Cet épanouissement personnel conduit à l'émergence d'un droit à l'accès à l'AMP fondé sur le désir individuel. Ici, le droit ne se contente pas de reconnaître une famille qui existerait déjà. Le droit n'est pas simplement « respectueux » de ces nouvelles formes de filiation mais est à l'origine de la création même de ces familles, puisque c'est lui qui fixe les règles de l'accès à l'AMP.¹⁸¹

À l'altérité sexuelle et à la dualité parentale, le projet de loi substitue la nécessité d'un projet parental respectueux de l'intérêt de l'enfant. Il s'agit alors de parvenir à définir l'intérêt de l'enfant. La notion d'intérêt de l'enfant est depuis toujours complexe à saisir et elle l'est particulièrement dans le cadre de l'AMP puisque l'enfant n'est pas encore conçu. Selon le projet de loi, l'intérêt *in abstracto* de l'enfant est d'avoir pour parent(s) un couple ou un individu remplissant des conditions d'âge et de sexe : l'un des demandeurs au moins doit être une femme et des conditions d'âge sont à respecter. *In concreto*, son intérêt est d'avoir des parents qui seront aptes à l'aimer et qui s'engagent à l'élever. La vérification du projet parental permettrait ainsi de s'assurer que les parents sont prêts à prendre la « responsabilité » de l'enfant à venir. La difficulté de cette approche concrète est que l'on part des parents pour arriver à l'enfant : on définit en effet l'intérêt de l'enfant par rapport au projet parental. Le risque est de confondre l'intérêt de l'enfant avec celui de ses parents. Par ailleurs, au nom de l'intérêt de l'enfant, l'État exerce un contrôle sur la légitimité du désir des demandeurs de devenir parents. Il s'immisce dans la sphère éminemment privée de la procréation. Puisque le cadre actuel n'est pas fixé par des considérations juridiques mais par des considérations politiques, une évolution de ce contrôle étatique est probable.

En ce qui concerne l'établissement de la filiation de l'enfant né dans le cadre d'une AMP réalisée par un couple de femmes, le projet de loi part là encore des adultes pour arriver à l'enfant. Ce serait en effet l'intention des parents qui établirait le lien de filiation sans que l'enfant n'ait son mot à dire. Il serait impossible pour l'enfant d'avoir un père légal. La réforme par ailleurs bouleverserait notre droit de la filiation, soit parce qu'il faudrait revoir le Titre VII consacré à la filiation, soit parce qu'il faudrait

¹⁷⁹ H. Fulchiron, Sénat, Comptes rendus de Commission spéciale sur la bioéthique, 28 novembre 2019

¹⁸⁰ I. Théry et A-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalité*, *préc.*, p. 50

¹⁸¹ M. Fabre-Magnan, *L'institution..., préc.*, p. 214

revoir le Titre VIII consacré à l'adoption. La première alternative détache la filiation du modèle d'engendrement, l'enfant cessant d'être né d'une femme et d'un homme. La seconde alternative fait de l'adoption un moyen d'établir la parenté de l'adulte qui a déjà obtenu un enfant grâce à l'AMP, l'adoption ne consistant alors plus systématiquement à donner à un enfant une famille lorsqu'il n'en a pas.

Au vu des nombreuses questions que l'extension de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules soulève, on ne peut que regretter la précipitation dans laquelle la réforme de l'AMP se déroule. Les débats actuels au Parlement ont lieu dans un contexte peu propice, non seulement parce que la France sort tout juste d'une crise sanitaire qui a soulevé des questions éthiques, mais aussi parce que l'agenda établi permet peu de temps de réflexion entre l'examen en Commission et celui en séance. L'avenir de nos enfants ne mérite-t-il pas davantage d'attention, c'est-à-dire un « projet social » qui soit mûrement réfléchi ?